





TRAITÉ

DE

DROIT ROMAIN

TYPOGRAPHIE DE H. FIRMIN DIDOT. — MESNIL (EURE).

TRAITÉ

DE

DROIT ROMAIN

PAR

M. F. C. DE SAVIGNY

MEMBRE DE L'INSTITUT DE FRANCE

Traduit de l'Allemand

PAR M. CH. GUENOUX

DOCTEUR EN DROIT

Seconde Édition

TOME QUATRIÈME

PARIS

LIBRAIRIE DE FIRMIN DIDOT FRÈRES

Imprimeurs de l'Institut de France

RUE JACOB, 56

1856

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CE VOLUME.

CHAPITRE III.

DE L'ORIGINE ET DE LA FIN DES RAPPORTS DE DROIT.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES DU TOME QUATRIÈME.

TRAITÉ

DE

DROIT ROMAIN.

CHAPITRE III.

DE L'ORIGINE ET DE LA FIN DES RAPPORTS DE DROIT.

§ CXLII. — V. *Donation.* — *Introduction.*

Sources :
Paulus, V, 11.
Fragm. Vaticana, § 248-316.
Cod. Theod., VIII, 12-15.
Inst., II, 7.
Dig., XXXIX, 5; XXIV, 1.
Cod. Just., VIII, 54-56; V, 16.
Auteurs :
Donellus, lib. V, c. 2, § 10 (définition et insinuation). Lib. XIV, cap. 26-32 (révocation). Lib. XIII, c. 22, § 7, 8 (promesse de donation).

Mühlenbruch, § 440-445. F. W. L. von Meyerfeld, die Lehre von den Schenkungen, vol. I. Marburg, 1835; vol. II, Abth. I, 1837.

Au premier abord la donation nous apparaît comme un acte juridique particulier tout aussi bien que la vente et l'échange; dès lors on peut se demander pourquoi elle figure dans la partie générale du traité. Mais voyons d'abord quelle place on lui a assignée jusqu'ici.

Les Institutes de Justinien rangent la donation parmi les moyens d'acquérir la propriété (*a*), point de vue évidemment exclusif et arbitraire. D'abord, seule, elle ne transfère pas la propriété; il faut en outre la tradition dont elle peut être une *justa causa*, mais ni plus ni moins que la vente. Si à ce titre la donation rentre dans le droit de la propriété, pourquoi pas la vente et bon nombre d'autres contrats? J'ajoute que la propriété n'est pas l'objet exclusif de la donation. L'usufruit, l'emphytéose, une simple promesse par contrat, la remise d'une dette, peuvent aussi bien que la propriété faire la matière d'une donation, et alors on peut, à aussi bon droit que pour la propriété, regarder la donation comm partie constitutive de ces diverses institutions. — La plupart des auteurs modernes rangent la donation parmi les contrats obliga-

(*a*) Inst., II, 7. Hofacker, § 987, leur assigne la même place.

toires (*b*); point de vue non moins exclusif, car la donation peut résulter de la propriété, de l'usufruit, etc., aussi bien que d'un contrat obligatoire. — Doneau parle de la donation dans plusieurs endroits de son traité, mais nulle part avec autant de détails qu'au sujet de la révocation pour cause d'ingratitude, et c'est précisément le côté le moins important de la matière.

A quoi attribuer cette diversité de classifications, toutes si peu rationnelles et si peu satisfaisantes? A cette fausse idée que la donation est un acte juridique particulier, tandis que dans la réalité elle a un caractère général que peuvent revêtir les actes juridiques les plus divers. Voilà pourquoi je place la donation dans la partie générale du traité, à côté du contrat, avec lequel elle a tant d'analogie par la généralité de sa nature et la multiplicité de ses applications (*c*).

(*b*) Thibaut, § 559; Heise, vol. III, § 207; Mühlenbruch, § 440; Mackeldey, § 421.

(*c*) La seule différence est que le contrat peut s'appliquer à toute espèce de rapports de droit, tandis que la donation s'applique uniquement aux rapports du droit des biens. Si donc on voulait suivre une classification rigoureusement logique, il ne faudrait pas placer les donations dans la partie générale du traité, mais en faire une partie générale spéciale pour le droit des biens. La classification que j'adopte est plus simple et ne peut donner lieu à aucune méprise. — Au reste, je me réjouis ici d'avoir pour devanciers Puchta, System des gemeinen Civilrechts, München, 1832, § 35, et Lehrbuch der Pandekten; Leipzig, 1838, § 53. Je sais bien que plusieurs, tout en adoptant mes raisons, jugeront

En effet, pour qu'il y ait donation il suffit qu'un acte juridique réunisse les conditions suivantes : que l'acte soit entre-vifs, que l'une des deux parties s'enrichisse de ce que l'autre perd, et enfin que celle-ci veuille enrichir l'autre partie à ses dépens. De cet examen rapide il résulte déjà que toute donation implique nécessairement deux personnes. Pour les désigner, les jurisconsultes modernes emploient une expression authentique, *donator,* et une autre qui ne l'est pas, *donatorius*, expression à laquelle les Romains suppléent par une périphrase (*is cui donatum est*, etc.). J'appellerai l'une de ces deux personnes donateur, et l'autre donataire.

Jusqu'ici nous avons formulé une notion arbitraire, mais nous n'avons pas établi la nécessité de prendre cette notion pour base d'une institution de droit. Nous pourrions, ce semble, prendre toute autre partie constitutive des actes

cette disposition peu convenable, surtout parce qu'elle détruit la symétrie extérieure. Si je me contentais de donner ici un résumé de la théorie des donations, peut-être n'auraient-ils rien à objecter, tandis qu'ils n'approuveront par une exposition aussi détaillée, qui semble appartenir à la partie spéciale du traité. Je supplie ces critiques d'observer qu'un résumé succinct appellerait nécessairement comme justification une exposition détaillée, qui, pour ne pas se faire trop attendre, devrait figurer comme appendice de ce volume. Ceux qui accepteraient cet arrangement me permettront bien de suivre une marche plus simple et d'insérer l'appendice dans le texte, dût la symétrie en souffrir quelque peu.

juridiques, lui imposer un nom technique et en former une institution spéciale. Nous pourrions, par exemple, appliquer cette méthode aux actes que l'on appelle onéreux, et qui sont l'inverse des donations. Pourquoi cela n'a-t-il pas lieu, et pourquoi la donation est-elle une institution particulière? En voici le motif: à la donation telle que je l'ai définie sommairement plus haut, les Romains ont attaché certaines règles positives qui nous obligent à déterminer ses limites avec une précision rigoureuse. Ce sont les règles suivantes :

1) La donation a été très-anciennement soumise à diverses restrictions, et surtout à des formes spéciales pour la déclaration de volonté. Malgré de nombreuses modifications, ces formes et ces restrictions n'ont changé ni de nature ni de but, et la donation qu'elles avaient pour objet n'a pas changé non plus (*d*).

(*d*) Pour l'appréciation des actes juridiques, la liberté entière de la volonté individuelle est regardée comme la règle. Le droit romain a fait exception à cette règle dans certains cas spéciaux, où l'on avait à craindre l'abus de cette liberté. Telles sont les lois contre l'usure, pour protéger les débiteurs pauvres; le sénatus-consulte Velléien, à cause de la dépendance naturelle des femmes; le sénatus-consulte Macédonien, pour empêcher les usuriers de nourrir la prodigalité des fils de famille; enfin les restrictions apportées aux donations, et la prohibition absolue des donations entre époux; car c'est surtout en pareille matière qu'une générosité imprévoyante peut être victime de calculs égoïstes.

2) La donation est prohibée entre époux, tandis que tous les autres actes juridiques leur sont permis.

3) La donation peut être révoquée dans certains cas et pour des motifs spéciaux, tandis que, dans ces mêmes cas, tout autre acte juridique serait irrévocable.

Ainsi donc, au point de vue de la pratique, on peut dire : on appelle donation l'acte juridique qui donne lieu à l'application des trois règles précédentes. En effet, c'est à cause de ces règles, et uniquement à cause d'elles, que nous devons traiter la donation comme une institution particulière, et en poser rigoureusement les limites (*e*). — La prohibition des donations entre

(*e*) Ordinairement on attribue aux donations encore d'autres conséquences pratiques, mais à tort. En effet, si les donations sont en dehors de l'administration ordinaire des biens, elles ne le sont pas seules ; là donc on n'a pas exclusivement égard à leur nature essentielle. Ainsi le *filiusfamilias*, alors qu'il a l'administration de son pécule, ne peut faire de donations (L. 7, pr. de don. XXXIX, 5) ; mais il ne peut pas faire non plus de manumissions (L. 13, de j. patron. XXXVII, 14), ni obliger son père par ses délits (L. 3, § 12, de pecul. XV, 1), et ces actes ne sont cependant pas des donations. D'un autre côté, la prohibition des donations n'est pas absolue, car le père peut les autoriser (L. 7, § 2, 3, de don. XXXIX, 5) ; d'où l'on voit que la libre administration du pécule n'implique pas le pouvoir de donner ; ce n'est donc qu'une règle d'interprétation. — Ainsi, un décret ne peut autoriser une donation d'un immeuble faite par un mineur, alors même que celui-ci aurait obtenu une dispense d'âge. L. 3, C. si major (V. 74). — Ainsi encore la loi Cincia défendait aux avocats

époux est surtout ce qui a donné lieu aux anciens jurisconsultes de déterminer avec exactitude les principes de la matière. Quant aux restrictions et aux formes de la donation, elles étaient dans l'ancien droit trop soigneusement réglées par la *lex Cincia* pour que le besoin d'un développement scientifique se fît beaucoup sentir (*f*).

d'accepter aucun présent à raison de leurs services. La prohibition n'existe plus en droit moderne, et dès lors cette espèce de présents n'est pas considérée comme pure donation. — La prétendue défense faite au père de donner à ses enfants *in potestate* embrasse en réalité toute espèce d'aliénation. L. 2, pr. de contr. emt. (XVIII, 1); L. 14, § 3, de in diem addict. (XVIII, 2). — La loi Julia repetund. défendait de faire des présents aux magistrats (L. 8, ad L. Jul. repet. XLVIII, 11). Cette défense n'existe plus aujourd'hui, et chez les Romains elle avait déjà subi diverses modifications et extensions. L. un., § 1, 2, C. de contract. judicum (I, 53). — Ces considérations pratiques sont longuement développées dans Meyerfeld, Abschnitt, V et VI.

(*f*) La loi Cincia et ses développements exigeaient la mancipation ou la tradition, et toujours la transmission des interdits possessoires, ce qui écartait naturellement la plupart des cas où l'existence de la donation pouvait être douteuse, et dès lors une définition rigoureuse nécessaire. Il en est autrement du droit moderne, qui, pour les donations importantes, exige l'insinuation et rien de plus. Ici pouvaient se présenter les mêmes doutes et les mêmes besoins que pour les donations entre époux; mais on n'eut rien à ajouter à la définition de la donation : les recherches subtiles des anciens jurisconsultes sur la donation entre époux suffisaient déjà. Au reste, la loi Cincia a pu donner lieu aux mêmes discussions que la donation entre époux; mais de semblables textes n'ont presque jamais pu trouver place dans le Digeste, comme inséparablement liés à une institution tombée en désué-

Enfin, la révocation n'a jamais été d'une grande importance, et son développement par les constitutions impériales est postérieur au siècle des grands jurisconsultes. Voilà pourquoi l'on s'est faussement imaginé que les principes posés par les anciens jurisconsultes avec une exactitude si rigoureuse sur la nature de la donation s'appliquaient uniquement à la prohibition entre époux; ce sont au contraire des principes généraux également applicables à l'insinuation et à la révocation (*g*).

Quoique j'aie pris pour point de départ le côte négatif de la donation, ses restrictions, il n'en a pas moins un côté positif dont il faut reconnaître l'importance. En effet, la donation comme *justa causa* de la tradition peut transférer immédiatement la propriété ou servir de titre pour

tude; néanmoins nous en trouvons encore quelques-uns, par exemple la L. 11 et la L. 23, pr. de don. (XXXIX, 5).

(*g*) La théorie de la donation entre époux repose en grande partie sur cette base, que la prohibition existe quand l'un des époux devient *pauperior* et l'autre *locupletior*. Quelques auteurs modernes voient là non pas une condition essentielle de toute donation, mais une condition spéciale aux donations entre époux. Westenberg, XXIV, 1, § 10; Mühlenbruch, § 545. Cette définition fait, au contraire, partie intégrante de toute donation véritable, et doit évidemment être prise en considération pour l'insinuation et pour la révocation. Le point de vue de ces auteurs trouve une justification apparente dans les expressions de plusieurs textes du droit romain; mais cela tient à une locution amphibologique des Romains eux-mêmes, dont je parlerai § 143.

l'usucapion ; comme *causa*, elle valide et rend inattaquable, à titre d'acte juridique, toute espèce de bénéfice provenant d'une obligation, tandis qu'en l'absence d'une véritable *causa*, un semblable résultat pourrait être annulé plus tard au moyen des condictions. Quelles que soient la réalité et l'importance de ce côté positif de la donation, jamais il n'eût nécessité une théorie explicite, ni surtout une délimitation subtile, à l'effet de distinguer les cas où la donation existe de ceux où elle n'existe pas. Ce besoin est venu uniquement du côté négatif de la donation, c'est-à-dire les restrictions fondées sur des règles spéciales du droit positif.

§ CXLIII. — *Donation. Introduction.* (Suite.)

Avant d'analyser les divers éléments de la donation, il est nécessaire de bien établir la phraséologie. L'élément essentiel de la donation est, du côté du donateur, une volonté désintéressée (*a*), que l'on désigne en général par les mots *beneficium*, *liberalitas*, et quelquefois aussi *offi-*

(*a*) Je dis l'acte individuel, car alors même que le donateur ferait le calcul intéressé de gagner par des libéralités la bienveillance du donataire, et d'en obtenir par la suite de plus grands avantages, cela ne changerait rien à la nature même de l'acte de donation considéré en soi.

cium (*b*). Le caractère commun aux actes de cette nature est que le donateur a uniquement en vue l'*utilitas* ou *commodum* de l'autre partie, non son propre avantage (*c*). Ainsi donc, toute donation est une libéralité de ce genre; mais toute libéralité n'est pas une donation; car on applique cette expression générale à des actes de générosité, à des services rendus, par exemple à la garde gratuite d'une chose, et même à l'émancipation d'un enfant. En pareil cas, il n'y a pas de donation, parce que l'un n'abandonne aucune partie de ses biens, et que l'autre ordinairement ne s'enrichit pas. Néanmoins la libéralité dans ce sens plus étendu a aussi son importance juridique. Ainsi, pour les obligations *bonæ fidei*, le débiteur qui se trouve dans un rapport désintéressé n'est pas tenu de la *culpa* ordinaire, mais seulement du *dolus* et de ce que l'on assimile au *dolus*, voilà pourquoi notamment le dépositaire ne répond pas de la *culpa* ordinaire; mais, appliquée aux règles positives de la donation, cette notion générale de la libéralité demande à être précisée plus rigoureusement.

(*b*) Meyerfeld, § 1 et § 7, cite plusieurs textes justificatifs. — *Officium* est pris dans ce sens: L. 1, § 4, mand. (XVII, 1); L. 17, § 3, comm. (XIII, 6). Du reste, ce mot a aussi dans les sources du droit le sens d'affaire ou de devoir.

(*c*) Ces expressions se trouvent L. 5, § 2, commod. (XIII, 6); L. 108, § 12, de leg. 1 (XXX, un.), et directement appliquées au degré de faute imputable au débiteur.

Du côté du donataire, l'élément essentiel de la donation est un bénéfice obtenu. Tout droit, soit propriété, soit créance, qui s'acquiert gratuitement, quand le bénéfice résulte pour le débiteur de la nature même de l'acquisition (*d*), s'appelle *lucrativa causa* (*e*). Par opposition aux acquisitions de cette espèce, les auteurs appellent *onerosa causa* les acquisitions non gratuites; mais, chez les jurisconsultes romains, *onerosum* signifie pénible, fâcheux, ce qui rentre dans un ordre d'idées très-différent (*f*). — Ainsi donc, toute

(*d*) En effet, celui qui achète à bon marché s'enrichit évidemment; mais comme cela résulte non de la nature générale du contrat, mais des circonstances accidentelles de l'affaire, jamais on n'appelle *lucrativa causa* une acquisition avantageuse.

(*e*) Ainsi au sujet d'une propriété acquise : L. 13, § 5, de act. emti (XIX, 1); L. 4, § 29, 31, de doli exc. (XLIV, 4); L. 7, § 3, de public. (VI, 2). — Au sujet des obligations : L. 17, 19, de O. et A. (XLIV, 7); L. 108, § 4, de leg. 1 (XXX, un.). — On trouve aussi *lucrativa adquisitio*, et même *lucrativa res :* L. 4, § 31, de doli exc. (XLIV, 4); Paulus, V, 11, § 5. — Une signification secondaire, mais étrangère à notre sujet, de *lucrativa causa*, ou *lucrifaciendi causa possidere*, etc., est celle d'un gain injuste. Ainsi, au sujet du vol : L. 1, § 3; L. 54, § 1, de furtis (XLVII, 2); de même au sujet de l'ancienne *pro herede usucapio :* Gaius, II, § 56, 57; L. 2, § 1, pro her. (XLI, 5); L. 5; L. 33, § 1, de usurp. (XLI, 3).

(*f*) Brissonius, V. *Onerosus*. Celui qui vend cher une chose qui lui est inutile se félicitera de son marché, et jamais un Romain ne l'aurait appelé *onerosum negotium*. D'après le langage adopté par les jurisconsultes modernes, ce serait là une affaire onéreuse, parce que le vendeur renonce à la propriété de la chose.

donation est en même temps une *lucrativa causa*, mais toute *lucrativa causa* n'implique pas la présence d'un donateur, et par conséquent l'intention de donner. Dans les sources du droit, indépendamment de la donation, on appelle *lucrativa causa* le legs, le fidéicommis, la succession testamentaire et légale (*g*), et néanmoins le nom de *donatio* n'est appliqué au legs qu'improprement, jamais à la succession. De même aucun jurisconsulte romain n'eût hésité à ranger sous le titre de *lucrativa causa* le gibier tué à la chasse, le butin fait à la guerre, la découverte d'un trésor, l'appropriation d'une chose sans maître, et dans tous ces cas il n'est certainement pas question de *donatio*. — Quand la *lucrativa causa* se rattache effectivement à une *donatio*, on emploie, pour rendre l'idée contraire, les expressions

(*g*) L. un., C. de impon. lucrat. descr. (X, 35); L. 108, § 6, de leg. 1 (XXX, un.); L. 83, § 6, de V. O. (XLV, 1). (Dans ce dernier texte ces mots : « Sed [et] si heres exstitero » ne sont pas opposés à *lucrativa causa*, mais servent de transition à l'exposé d'une espèce particulière; *sed* a souvent cette signification.) — Pour les successions, cela s'entend de leur nature ordinaire et normale, qui est d'enrichir l'héritier. Si dans un cas particulier les biens se trouvent absorbés par les dettes, ou que l'héritier ait obtenu la renonciation d'un héritier plus proche moyennant une somme d'argent, alors l'acquisition n'est plus lucrative. L. 2, § 1, si quis omissa (XXIX, 4) : « ..... Mihi videtur humanior esse hæc sententia, ut possessor hereditatis prior excutiatur, *maxime si lucrativam habet possessionem*. » Ainsi donc, la possession de l'héritier peut n'avoir pas un caractère lucratif.

suivantes : *negotium*, *contrahere*, *obligare* (*h*).

Je viens de signaler deux éléments qui peuvent se rencontrer dans les actes juridiques : d'un côté, libéralité ; de l'autre, acquisition gratuite. Chacun de ces éléments a de l'affinité avec la donation, mais chacun a en soi une extension beaucoup plus grande. — La réunion de ces deux éléments dans un seul et même acte juridique forme à peu près ce que nous avons appelé donation, c'est-à-dire l'acte qui donne lieu à l'application des trois règles du droit positif sur la donation. Je dis à peu près, car l'application de ces trois règles est encore subordonnée à d'autres conditions, comme je le montrerai bientôt.

Mais, maintenant, à quoi répond le mot latin *donatio?* Ce n'était pas une expression technique, mais un mot emprunté à la vie commune, et qui, en passant dans la langue des jurisconsultes, a conservé son sens indéterminé. Aussi, dans la plupart des textes, l'emploi du mot *donatio* n'entraîne pas rigoureusement l'application des règles positives, seulement on ajoute quels caractères doit avoir chaque *donatio* pour que ces règles trouvent à s'appliquer (*i*), et alors, à dé-

(*h*) L. 18, de don. (XXXIX, 5); L. 3, § 1, de O. et A (XLIV, 7); L. 9, pr. de cond. causa data (XII, 4); L. 24, § 4, sol. matr. (XXIV, 3). — Meyerfeld, § 3.

(*i*) Ainsi Ulpien dans la L. 5, § 8-18, de don. int. vir. (XXIV, 1); Pomponius dans la L. 18; L. 31, § 1, eod.; L. 3, pro don. (XLI, 6);

faut d'expression technique pour désigner cette donation proprement dite et la seule importante, on l'appelle « donatio jure civili *impedita* » ou « *non concessa* donatio (*k*). » D'autres textes, au contraire, réservent la dénomination de *donatio* pour les cas soumis à l'application des règles positives, et hors ces cas ils nient en général l'existence de la *donatio* (*l*). D'après ces faits in-

Terentius Clemens dans la L. 25, de don. int. vir. (XXIV, 1), et Modestin dans la L. 23, pr. de don. (XXXIX, 5); et plusieurs autres jurisconsultes dont je citerai les noms quand l'occasion s'en présentera.

(*k*) L. 5, § 18, de don. int. vir. (XXIV, 1) d'Ulpien, et L. 6, eod. de Gaius.

(*l*) Ulpien dans la L. 21, pr. de don. int. vir. (XXIV, 1) (non locupletior, *nulla donatio,* non interdictum, sont ici synonymes). — Pomponius dans la L. 31, § 6, 7, eod. : « Quod vir uxori in « diem debet, *sine metu donationis* præsens solvere potest, » c'est-à-dire il n'a pas à craindre que ce payement soit considéré comme *donatio*. Plus loin : « Quod legaturus mihi... es, potes rogatus a me uxori meæ relinquere, *et non videtur ea esse donatio*; » ici, néanmoins, il y avait intention de donner, et Ulpien, L. 5, § 13, 14, eod., dans un cas tout à fait semblable, dit effectivement que c'est là une *donatio*, mais une donation permise. (On ne doit pas s'étonner de voir Pomponius et Ulpien employer tantôt cette phraséologie rigoureuse, tantôt l'autre plus libre (note *i*); car ils le font dans des décisions isolées, entre lesquelles ils ne cherchaient certainement pas à établir de corrélations rigoureuses.) — Dans le même sens que Pomponius, Gaius dit, L. 11, de don. (XXXIX, 5) : « Cum de modo donationis quæritur, *neque* partus nomine, *neque* fructuum, *neque* pensionum, *neque* mercedum, *ulla donatio facta esse videtur*. » Les fruits enrichissent aussi le donataire, et quelquefois telle est l'intention formelle du donateur; néanmoins, les fruits ne tombent pas sous

contestables, nous sommes forcés de reconnaître que les Romains eux-mêmes prenaient le mot *donatio* tantôt dans une acception large, et c'est le cas le plus fréquent, tantôt dans une acception restreinte. L'acception large rentrait dans le langage de la vie ordinaire, où l'on appelait *donatio* toute espèce de libéralité, sans s'inquiéter des prescriptions du droit; quelquefois aussi elle prenait un sens juridique quand on voulait faire ressortir le côté positif de la donation (§ 142). L'acception restreinte se rapporte aux règles spéciales restrictives de la donation, c'est-à-dire à son côté négatif, qui seul nécessite une définition subtile et une délimitation rigoureuse.

Après avoir déterminé le sens des mots autant

la prohibition des donations importantes (*modus donationis* d'après la loi Cincia). Gaius exprime en ces termes ce principe non contesté : « neque ulla donatio facta esse videtur, » tandis qu'Ulpien (L. 17, de don. int. vir.) dit dans un cas absolument semblable : « fructus quoque, ut usuras, *licitam habere donationem.* » Ainsi, Gaius dit qu'il n'y a pas de donation; Ulpien, qu'il y a donation, mais donation permise. — De même Papinien, L. 18, quæ in fraudem (XLII, 8) : « Si pignus vir uxori, vel uxor viro remiserit : verior sententia est *nullam fieri donationem* existimantium. » Ici, il y a le plus souvent libéralité d'une part et avantage reçu de l'autre; mais il n'y a, juridiquement parlant, ni *pauperior* ni *locupletior*, comme dans les cas auxquels Ulpien (note *i*) applique néanmoins l'expression de *donatio*. — Celsus s'exprime de même (cité par Ulpien, L. 5, § 15, de don. int. vir. XXIV, 1). — On ne saurait méconnaître dans ces différents textes une double phraséologie.

que le demande l'intelligence des sources, nous pouvons, sans nous en inquiéter davantage, prendre le mot *donation* dans l'acception qui convient le mieux à une recherche scientifique, l'acception restreinte, celle qui entraîne exclusivement l'application des règles positives du droit sur la donation. Seulement il ne faut pas oublier que cela embrasse la généralité de ces règles, celles relatives à l'insinuation et à la révocation, comme celles relatives à la prohibition entre époux (§ 142, *g*). Dans le langage ordinaire, nous pouvons admettre une phraséologie moins rigoureuse.

Ce que j'ai dit sur la nature générale et les caractères de la donation ressortira encore avec plus de clarté et d'évidence si on la compare à une autre matière très-analogue, la possession. La possession a aussi son élément naturel comme rapport de fait; elle répond à la propriété comme rapport de droit, et forme ainsi le contenu de la propriété. Mais cet élément naturel n'aurait jamais fait naître le besoin d'une théorie de la possession. Ce besoin est venu de ce que l'on a attaché à l'existence de la possession des effets positifs, tout à fait en dehors de l'élément naturel, l'usucapion et les interdits. Alors, il devint nécessaire de déterminer rigoureusement les limites de la possession, son origine et sa fin, pour savoir à qui profitent les interdits et l'usucapion.

L'usucapion et les interdits sont à la possession ce que sont à la donation l'insinuation, la prohibition entre époux, et la révocation. Il y a pour la possession des conséquences juridiques apparentes qui, en réalité, sont en dehors de cette institution proprement dite (*m*); de même pour la donation l'incapacité relative au pécule et aux immeubles des mineurs (§ 142, *e*). La possession dans son sens naturel et le plus étendu s'appelle *Possessio;* considérée comme base de cette institution du droit positif, elle s'appelle encore *Possessio*, mais dans un sens plus restreint, et alors on lui oppose certains cas de *non possidere*. Si l'on veut préciser cette signification plus restreinte, on dit : *possessio quæ locum habet in interdicto uti possidetis vel utrubi*, ou *ad usucapionem possidere* (*n*). Ainsi donc, quant à la possession, la double phraséologie que j'ai signalée pour la donation n'est pas douteuse, seulement les anciens jurisconsultes l'ont mieux précisée pour la possession (*naturalis*, *civilis*). Au reste, quand on étudie la nature et les limites de ces institutions, la chose importante n'est pas l'exactitude du langage, c'est de ne jamais perdre de vue les conséquences pratiques des règles posi-

(*m*) Les prétendues *beatitudines possessionis* : Cf. Savigny, Recht des Besitzes, § 3.

(*n*) Savigny, § 7.

tives qui régissent la matière; autrement l'on n'arrive qu'à de vains ou de faux résultats.

Nous pouvons maintenant apprécier la place assignée à la donation par le dernier auteur qui, de nos jours, ait traité ce sujet (*o*). Il classe de la manière suivante les changements qui peuvent survenir dans le droit des biens. Ces changements ont lieu *donandi animo* ou *ob causam*, et cette cause peut être passée (*solutio*), présente (*permutatio*), ou future (*creditum*). Comme point de vue général, une pareille classification n'a aucune valeur; comme base d'un exposé scientifique, elle est stérile et trompeuse. Cet élément naturel de la donation que j'ai appelé son côté positif (§ 142) n'aurait pas plus nécessité une théorie spéciale que la relation naturelle existant entre la possession et la propriété. Le besoin de ces théories tient aux règles du droit positif qui font l'importance pratique de la possession et de la donation. Dans Meyerfeld, ces règles positives revêtent l'apparence trompeuse de rapports accidentels et secondaires qui pourraient disparaître sans changer essentiellement la théorie de la donation.

(*o*) Meyerfeld, I, p. 26 sq., p. 89-92, p. 425, 426.

§ CXLIV. *Donation. — Définition*, I. — *Acte entre-vifs.*

En faisant l'énumération des caractères essentiels de la donation, j'ai dit qu'elle doit être un acte entre-vifs. Cela implique deux choses. Il faut d'abord qu'il y ait un acte juridique, partant un acte positif; et ainsi, une simple omission, à moins qu'elle ne cache un acte réel, ne peut valoir comme donation proprement dite (appendice IX). — Ensuitee lle doit être un acte entre-vifs, et par là se trouve exclue toute succession pour cause de mort. Le motif fondamental de cette dernière disposition se rattache au point de vue qui domine toutes les règles positives sur la matière (§ 142, *d*). Le danger de la faculté de donner ne consiste pas dans le choix peut-être irréfléchi du donataire, mais dans la détermination même par laquelle le donateur se prive volontairement d'une partie des biens qu'il devait régir et appliquer à ses besoins. Or, ce danger disparaît entièrement quand il s'agit d'une succession pour cause de mort. Celui qui fait une disposition pour cause de mort ne donne pas volontairement ce qu'il pourrait volontairement retenir; alors, il s'agit uniquement des personnes qui, après lui, doivent recueillir les biens, et la liberté de choisir ces personnes est considérée

comme une faculté normale, naturelle et sans danger. Les formes et les restrictions imposées aux actes de dernière volonté ont donc un autre motif et un autre but que celles établies pour les donations. Aussi, pour les actes de dernière volonté n'a-t-il jamais été question ni de la *lex Cincia*, ni de l'insinuation, ni de la prohibition absolue entre époux et indépendamment de l'absence possible d'enfants. De même encore disparaît ici la révocation admise comme exception et par des motifs spéciaux en matière de donation : pour les actes de dernière volonté la révocation libre, même sans motifs, est la règle générale.

Reste maintenant à faire l'application de ce principe aux différentes espèces de successions. La succession légale ne constitue évidemment pas une donation; car, s'il y a bienveillance de la part du défunt qui pouvait nommer un héritier testamentaire, ce n'est pas là un acte personnel auquel on puisse rapporter l'origine de cette succession. — Cet acte personnel existe, il est vrai, dans la succession testamentaire, et cependant elle n'est jamais appelée *donatio* (*a*). Cela pour

(*a*) Le seul texte qui semble assimiler l'institution d'héritier à une donation est la L. 30, pr. ad L. Falc. (XXXV, 2) : « .... ut stipulationes, rerum traditiones, legata, hereditatesve his (servis) datæ, *ceteræ donationes*, item servitutes.... » Mais dans ce texte il n'est nullement nécessaire de faire rapporter *ceteræ*

deux raisons. D'abord, toute donation implique accroissement d'un patrimoine et diminution d'un autre. Or, la transmission par succession ne diminue pas le patrimoine du défunt; ce patrimoine reste toujours le même, seulement il passe dans d'autres mains. Ensuite, il est de l'essence de la donation que le donateur enrichisse sciemment le donataire. Or, un testateur ne peut savoir exactement s'il enrichira son héritier, car des malheurs ou des prodigalités peuvent absorber la totalité de son patrimoine, et même le réduire à des dettes (*b*).

Sous ce double rapport, il en est autrement du legs, que le droit justinien identifie avec le fidéicommis singulier. Ici en réalité une partie des biens passe d'un patrimoine dans un autre, et l'on sait ordinairement avec certitude que le legs enrichira le légataire (*c*). Aussi les anciens

donationes aux *hereditates* qui précèdent immédiatement. Cette expression est suffisamment justifiée par les *traditiones* et les *legata* mentionnés avant.

(*b*) Si dans la règle l'acquisition par hérédité s'appelle *lucrativa causa* (§ 143, *g*), il n'y a pas là de contradiction; car, au moment où l'acquisition s'opère, il est facile de connaître les forces de la succession : ce qui ne se pouvait pas lors de la confection du testament.

(*c*) Je dis dans la règle, car il y a certains legs qui n'enrichissent pas le légataire; celui, par exemple, où l'héritier est tenu de vendre au légataire un immeuble pour sa juste valeur. L. 66; L. 49, § 8, de leg. I (XXX, un.). Il y a là un legs véritable,



jurisconsultes donnent au legs le nom de *donatio* (*d*). Ce n'est là néanmoins qu'une expression impropre. Le legs n'est pas une donation véritable, et jamais un jurisconsulte romain n'a songé à lui appliquer les règles positives qui régissent donation. Si le legs ne constitue pas une donation véritable, c'est uniquement en vertu du principe général posé plus haut sur la succession pour cause de mort.

De même que le legs, la simple *mortis causa capio* peut être quelquefois considérée comme une donation improprement dite. Si, par exemple, un legs de 1,000 écus est fait à Gaius, sous la condition d'en donner 300 à Seius; dans l'intention du testateur, le résultat est le même que si Gaius avait reçu de la succession 700 écus, et Seius 300. Quelquefois aussi cette apparence même n'existe pas. Quand, par exemple, un esclave est affranchi sous la condition de payer 100 écus à Gaius, Gaius ne reçoit rien des biens du testateur (*e*). La *mortis causa capio* n'est jamais une donation véritable.

quoique non susceptible de fidéicommis et non soumis à la falcidie.

(*d*) L. 36, de leg. 2 (XXXI, un.) : « Legatum est donatio testamento relicta. » (de Modestin), § 1, J. de leg. (II, 20) : « Legatum est donatio quædam a defuncto relicta. »

(*e*) Tel est le véritable sens d'une loi assez difficile, L. 38, de mortis causa don. (XXXIX, 6) : « mortis causa capitur *et quod non cadit in speciem donationis.* » Marcellus veut dire :

L'affranchissement testamentaire n'est pas une donation par cela seul que l'affranchi ne reçoit aucune partie des biens du testateur, aucun droit qui puisse s'évaluer en argent; néanmoins il est aussi appelé improprement *donatio*. Je reviendrai là-dessus (§ 148) quand je parlerai de l'affranchissement entre-vifs.

La *mortis causa donatio*, ainsi que l'indique cette expression technique (*f*), est au contraire une donation véritable, et même dans l'origine elle n'était rien qu'une donation. Je montrerai plus bas (§ 172) comment elle a dans la suite

la *mortis c. capio* peut, avec l'apparence d'une donation, n'être pas une donation proprement dite, comme dans le premier des exemples que cite le texte; mais il y a telle *mortis c. capio* qui n'a nullement cette apparence (*et* quod non cadit in speciem donationis), et Marcellus lui-même en donne immédiatement des exemples. — On voit d'après cela que le *et* du manuscrit de Florence est indispensable; il a été retranché de la Vulgate, parce qu'alors on n'avait pas saisi cet enchaînement un peu compliqué d'idées.

(*f*) Cette expression technique n'eût pas été créée dans le bon vieux temps de la jurisprudence, s'il n'y avait pas là une donation véritable, bien que la dernière législation appelle *donatio propter nuptias* ce qui n'est nullement une donation. L'ancienne *donatio ante nuptias* était un véritable donation qui ne différait en rien des autres, mais que l'on signalait de peur qu'on ne la confondît avec une donation prohibée qui en fait a beaucoup d'affinité avec elle, la *donatio inter virum et uxorem*. Le développement historique de la nouvelle *donatio propter nuptias*, qui dérive de l'ancienne *donatio ante nuptias*, explique et justifie en partie la dénomination inexacte de *donatio propter nuptias*.

revêtu un caractère mixte de donation et de succession testamentaire.

§ CXLV. — V. *Donation.* — *Définition*, II. — *Aliénation.*

J'ai dit (§ 142) que le second élément essentiel d'une donation véritable est, d'un côté l'enrichissement, de l'autre l'appauvrissement. Cet élément de la donation, examiné attentivement, se subdivise en deux éléments distincts. Il faut d'abord qu'une portion des biens passe d'un patrimoine dans un autre ; il faut ensuite qu'en dernier résultat, la valeur totale de l'un soit diminuée et celle de l'autre augmentée. La première de ces deux conditions peut exister sans la seconde ; j'en citerai, comme exemple évident, la vente d'un bien à sa juste valeur : le bien passe d'un patrimoine dans un autre sans qu'aucun d'eux soit enrichi ou appauvri (*a*). — Le premier de ces deux éléments si distincts, je l'appelle *aliénation* (*b*), et dès lors nous pouvons

(*a*) Ordinairement les Romains ne distinguent pas ces deux conditions, et ils les réunissent en disant que l'un doit devenir *pauperior*, l'autre *locupletior*. Cf. L. 5, § 8, 16, de don. int. vir. (XXIV, 1). Mais pour l'étude approfondie de la matière, cette distinction est indispensable.

(*b*) Nous donnons ordinairement au mot aliénation le sens restreint que les Romains donnaient au mot *alienatio*, c'est-à-

poser en principe que toute donation doit contenir une aliénation, et telle est en réalité la base fondamentale de toute donation.

Considérée comme aliénation, la donation touche à diverses institutions qu'il s'agit d'énumérer. La première est la *Pauliana actio*, c'est-à-dire le recours appartenant au créancier contre les aliénations frauduleuses faites à son préjudice par son débiteur. Quant à la révocation de l'aliénation, dont je m'occupe ici, cette action s'applique parfaitement à la donation (*c*); on n'exige pas absolument que le donataire se trouve enrichi, il suffit ou qu'il se trouve enrichi ou qu'il ait connu la fraude du débiteur (*d*). — La seconde institution était la *Faviana* et la *Calvisiana actio*. Le patron avait des droits très-étendus sur la succession de l'affranchi. Si donc l'affranchi tentait, par des aliénations frauduleuses, de porter atteinte à ces droits, le patron avait ces deux actions contre les tiers détenteurs (*e*).

dire la transmission d'un droit réel. L. 7, C. de rebus alienis (IV, 51).

(*c*) L. 3, § 2; L. 6, pr. quæ in fraud. (XLII, 8).

(*d*) L. 6, § 11; L. 25, pr. quæ in fraud. (XLII, 8). — L. 7, 8, 9, eod. — L. 5, C. de revoc. his quæ in fr. (VII, 75).

(*e*) L. 1, pr., § 3, 4; L. 3, § 2, 3, si quid in fraud. (XXXVIII, 5). — On comprend que ces actions n'existent plus en droit moderne; mais voici des applications plus étendues du principe. Si un impubère est arrogé, il doit, après la mort du père adoptif, avoir au moins le quart des biens de celui-ci. Si le père a cherché par

L'aliénation, telle qu'elle est définie pour la donation et la *Pauliana actio* (*f*), sert de base à ces deux actions, et voilà pourquoi je les mentionne ici. Par rapport au tiers détenteur, elles sont encore plus étendues que la *Pauliana* : ainsi il n'était pas nécessaire qu'il eût connu la fraude ou que l'aliénation l'eût enrichi, pour être obligé de restituer (*g*). — La *condictio indebiti* et le *beneficium competentiæ* sont en quelque sorte au nombre des institutions dont l'analogie peut servir à déterminer la nature de l'aliénation qui existe nécessairement comme base de toute donation. En effet, la condiction implique un abandon, une aliénation, aussi bien que la donation, *solvendi animo* dans le premier cas, *donandi* dans le second ; et le *beneficium competentiæ* n'est pas admissible quand le débiteur a fait ses aliénations dans le but de se rendre insolvable.

des aliénations à le priver de cet avantage légal, l'arrogé peut, par une *actio quasi Faviana* ou *Calvisiana*, attaquer les aliénations. L. 13, eod.

(*f*) L. 1, § 6, 7, si quid in fraud. (XXXVIII, 5).

(*g*) L. 1, § 4, 12, 13, 16, 17, 24, si quid in fraud (XXXVIII, 5). — Si le défendeur est ici traité plus rigoureusement que dans le cas de l'*actio Pauliana*, c'est qu'il est plus facile de connaître la position d'un affranchi que celle d'un débiteur insolvable. De deux acheteurs, tous deux dans l'ignorance et par conséquent de bonne foi, poursuivis l'un en vertu de la *Faviana*, l'autre de la *Pauliana*, le premier est plus coupable de négligence que le second

Ainsi donc, là où il n'y a pas aliénation véritable, il n'y a pas donation, quand même l'acte renfermerait d'autres éléments de la donation, notamment quand même il aurait pour mobile une bienveillance désintéressée. Les cas de cette espèce peuvent se ranger dans les trois classes suivantes :

1) L'acte par lequel s'exprime la bienveillance ne modifie pas l'étendue des biens.

2) Négligence d'un accroissement possible de richesses, sans sacrifice d'un droit acquis.

3) Abandon d'une partie des biens, mais qui confère à l'autre partie un droit en dehors des biens.

Je passe à l'examen des cas de la première classe, ceux où l'acte par lequel s'exprime la bienveillance ne modifie pas l'étendue des biens.

Le mandat, c'est-à-dire l'administration gratuite des affaires d'un autre; le dépôt, c'est-à-dire la garde gratuite de la chose d'autrui, ne constituent pas une donation, bien que le mandat ou le dépôt puisse procurer une économie importante au mandant ou au propriétaire de la chose déposée (*h*). Il en est de même du com-

(*h*) L. 9, § 3, de j. dot. (XXIII, 3); L. 58, § 2, de don. int. vir. (XXIV, 1). Ici on reconnaît valable le dépôt entre le mari et la femme, le mandat entre le mari (ou son fils) et la femme; d'où il résulte que ces actes n'ont pas en soi un caractère de donation.

modat ou prêt gratuit d'une chose, et d'un autre contrat analogue, le *precarium* (*i*). Dans tous ces cas, il n'y a point de donation parce que la partie agissante ne modifie aucunement l'étendue de ses biens. Mais en est-il encore de même quand la partie agissante aurait pu, par le même acte, se procurer une somme d'argent dont elle fait ainsi volontairement le sacrifice au profit d'un autre? Cette question rentre dans l'examen des cas de la seconde classe.

Cette seconde classe est beaucoup plus importante. Ce sont les cas où la donation n'existe pas parce que l'on renonce à une augmentation possible de richesse, sans sacrifier un droit acquis. En général, dans tous ces cas, il n'y a point d'aliénation (*k*), aussi n'admet-on jamais l'application de la *Pauliana* ni de la *Faviana* (*l*), ni la recomposition fictive du patrimoine au sujet du *beneficium competentiæ* (*m*). Quel que soit le dé-

(*i*) Ici on pourrait m'opposer les textes suivants : L. 14, de prec. (XLIII, 26) : « ... magis enim ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti, spectat precarii condictio. » L. 14, § 11, de furtis (XLVII, 2) : « ... quia simile donato precarium est. » Ici, évidemment, *donatio* est pris dans son sens général, ce qui établit entre ces actes et la donation une simple ressemblance et non pas une identité réelle.

(*k*) L. 28, pr. de V. S. (L., 16) : « ... Qui occasione adquirendi non utitur, non intelligitur alienare... »

(*l*) L. 6, pr. quæ in fraud. (XLII, 8); L. 134, pr. de R. J. (L. 17). — L. 1, § 6, si quid in fraud. (XXXVIII, 5).

(*m*) L. 68, § 1, pro socio (XVII, 2) : « Illud quæritur, utrum

sintéressement de l'une des parties, quel que soit le bénéfice de l'autre, il n'y a point de donation, et c'est là un principe général aussi bien applicable à la *lex Cincia* et à l'insinuation qu'aux donations entre époux dont parlent la plupart des textes, et à la révocation (*n*).

Voici les différents cas appartenant à cette classe :

Il n'y a point donation quand un héritier ou un légataire renonce à l'hérédité ou au legs, afin d'en faire profiter celui qui est appelé après lui; aussi un semblable avantage est-il permis entre époux (*o*), et ne donne pas lieu à l'application de

is demum facere videtur quo minus facere possit, qui erogat bona sua in fraudem futuræ actionis, an et qui occasione adquirendi non utitur? sed verius est de eo sentire Proconsulem, qui erogat bona sua... »

(*n*) Voici un texte qui, au premier abord, semble contredire ce principe, mais qui en réalité le confirme. L. 45, pr. de j. fisci (XLIX, 14) : « In fraudem fisci non solum per donationem, sed quocunque modo res alienatæ revocantur : *idemque juris est et si non quæratur :* æque enim in omnibus fraus punitur. » Ici on reconnaît formellement que manquer à acquérir ne constitue ni une donation ni une aliénation en général; mais le droit du fisc s'étend à tous ces cas.

(*o*) L. 5, § 13, 14, de don. int. vir. (XXIV, 1). Dans ce cas, il ne peut être évidemment question ni de la L. Cincia ni de l'insinuation. D'abord, ces formes ne conviennent pas à une renonciation à une succession ou à un legs, ensuite cette restriction est contraire au grand principe du droit romain qui laisse à l'héritier appelé ou au légataire une liberté absolue. J'ajoute qu'en matière d'hérédité le résultat de la renonciation est incertain, car l'appelé en faveur duquel est faite la renonciation

la *Pauliana* ni de la *Faviana* (*p*). Il n'y a pas non plus donation, soit que nous déterminions un testateur à transférer à une autre personne le legs ou l'hérédité qu'il nous destinait (*q*), soit que nous manquions à acquérir une succession ou un legs conditionnel, en négligeant volontairement d'accomplir la condition (*r*). — Ce principe semble en contradiction avec la faculté qu'une femme a de se constituer en dot la succession ou le legs auquel elle renonce en faveur de son mari (*s*). Mais il n'y a là aucune contradiction. Quand

peut n'en pas profiter, s'il renonce lui-même ou vient à mourir, ou s'il laisse passer le délai pour faire adition d'hérédité.

(*p*) L. 6, § 2-5, quæ in fraud. (XLII, 8). — L. 1, § 6, si quid in fraud. (XXXVIII, 5).

(*q*) L. 31, § 7, de don. int. v. (XXIV, 1), sur les rapports entre époux.

(*r*) L. 1, § 6, si quid in fraud. (XXXVIII, 5). — Il faut ranger dans la même classe le cas dont parle la L. 67, § 3, ad Sc. Treb. (XXXVI, 1), où un héritier institué déclare la succession suspecte, uniquement afin de la transmettre sans retenue à celui désigné par un fidéicommis. Ce texte dit *donationis causa*, mais d'une manière impropre, car un pareil acte ne constitue pas une donation véritable. Cf. § 152, *g*.

(*s*) L. 14, § 3, de fundo dot. (XXIII, 5) : « Si fundum legatum sibi dotis causa mulier repudiaverit, vel etiam substituto viro omiserit hereditatem, vel legatum : erit fundus dotalis. » — Ce texte paraît en contradiction avec la L. 5, § 5, de j. dot. (XXIII, 3) : « Si pater repudiaverit hereditatem dotis constituendæ causa... dotem profectitiam non esse Julianus ait. Sed et si legatum in hoc repudiaverit pater... non esse profectum id de bonis : quia nihil erogavit de suo pater, sed non adquisivit. » Sans doute l'hérédité ainsi refusée n'est pas *profecta a patre*,

les époux sont d'accord sur la constitution de la dot, la convention précitée n'est qu'un moyen d'éviter une formalité inutile, une espèce de *brevi manu facta traditio*, car la femme pouvait évidemment recueillir la succession ou le legs, puis le donner en dot à son mari. C'est donc là uniquement faciliter un acte juridique licite par une voie que justifient une foule d'analogies non douteuses. Traiter comme donation véritable la succession répudiée *donandi animo*, ce ne serait plus faciliter les formes d'une convention licite, mais étendre artificiellement les règles positives de la donation à un cas placé par sa nature en dehors de ces règles, et conséquemment imposer à la volonté libre d'injustes restrictions.

Il n'y a pas aliénation, dès lors pas donation, quand un créancier auquel une chose a été promise sous condition empêche volontairement l'accomplissement de la condition, et conséquemment l'ouverture de son droit (*t*).

aussi ne lui applique-t-on pas le droit tout positif de la *profectitia dos*. Si le père voulait obtenir ce résultat, il devait d'abord accepter la succession et donner ensuite les biens qui la composent comme dot à son gendre ; même, sans ce détour, ce serait toujours là une dot, mais non *profectitia*. — Au reste, en pareille circonstance on suppose toujours, comme dans la L. 14 citée, que cela se fait d'accord avec le mari. Car si par un acte individuel le père ou la femme renonçait à la succession dans cette intention, sans s'être entendu avec le mari, celui-ci serait purement et simplement héritier du légataire sans aucune obligation dotale.

(*t*) L. 6, § 1, quæ in fraud. (XLII, 8), sur la Pauliana. —

Ce n'est pas non plus faire une donation que laisser périmer volontairement une *querela inofficiosi* ou une action pour injures (*u*). S'il s'agissait d'autres actions, il y aurait aliénation, et quelquefois donation, parce que le droit d'intenter l'action fait déjà partie des biens; mais un droit des biens n'existe pour la *querela inofficiosi* et l'action d'injures que quand la personne lésée se détermine à intenter ces actions (§ 73, *f*, *x*). Ainsi donc, en les laissant périmer on néglige volontairement d'acquérir, on ne fait pas d'aliénation.

§ CXLVI. — V. *Donation.* — *Définition*, II. — *Aliénation.* (Suite.)

Cette seconde classe renferme encore d'autres cas où l'absence d'une donation véritable n'est pas aussi évidente que dans ceux qui précèdent.

J'ai dit plus haut (§ 145) que le commodat ne constitue pas une donation, et dans les cas ordinaires cela n'est pas douteux. Celui qui prête gratuitement à un ami un cheval ou une voiture pour faire un voyage ne s'appauvrit pas : il renonce pour un temps au service que lui-même pourrait tirer de la chose prêtée. Mais il y a une

L. 1, § 6, si quid in fraud. (XXXVIII, 5), sur la Faviana.

(*u*) L. 1, § 7, 8, si quid in fraud. (XXXVIII, 5), sur la Faviana.

espèce de chose plus nécessaire que toute autre aux besoins ordinaires de la vie. Ainsi, chaque homme a besoin d'une habitation, et à moins qu'il ne dépende d'un chef de famille il doit, pour satisfaire ce besoin, se rendre propriétaire ou locataire d'un immeuble. Réciproquement, le propriétaire d'une maison l'habite lui-même ou la loue; le cas où il la laisse inoccupée est une rare exception. L'usage d'une habitation peut donc mieux que toute autre chose s'évaluer en argent, et, d'après l'importance des immeubles, le prix des loyers est en général régulièrement établi. De là il résulte que le commodat d'une habitation (*a*) peut être considéré comme donation véritable, donation de la somme que le commodataire eût mise à son loyer s'il n'y avait pas eu de commodat (*b*). Ordinairement le propriétaire sacrifie une somme égale à celle que le commodataire économise; s'il y a inégalité, la donation ne vaut que pour la moindre somme, car jusque-là seulement existe entre la chose don-

(*a*) Cela est un véritable commodat, comme le disent formellement les L. 1, § 1, comm. (XIII, 6); L. 17, pr. de præscr. verbis (XIX, 5).

(*b*) L. 9, pr. de don. (XXXIX, 5) : « In ædibus alienis habitare gratis, *donatio videtur :* id enim ipsum capere videtur qui habitat, *quod mercedem pro habitatione non solvit.* » — C'est ainsi que la L. 6 de alimentis (XXXIV, 1) range l'*habitatio* avec les *cibaria et vestitus* parmi les besoins impérieux de la vie, « quia sine his ali corpus non potest. »

née et la chose reçue la parité qui est un des éléments essentiels de la donation. Si, par exemple, une habitation louée ordinairement 800 écus est concédée gratuitement à un individu qui, d'après sa position de fortune, ne peut mettre que 500 écus à son loyer, celui-ci reçoit comme donation les 500 écus dont il fait l'économie; les 300 écus que sacrifie le propriétaire servent à augmenter le luxe et les jouissances du commodataire, mais ne l'enrichissent pas (*c*). Si au contraire une habitation de 500 écus est concédée gratuitement à un individu qui dépense ordinairement 800 écus pour son loyer, il y a seulement donation des 500 écus que sacrifie le

(*c*) C'est un cas de cette espèce, dans un rapport de droit semblable, que mentionne la L. 65, § 7, de cond. ind. (XII, 6) : « Sic habitatione data, pecuniam condicam : *non quidem quanti locare potui, sed quanti tu conducturus fuisses* » (c'est-à-dire si cette dernière somme est inférieure à la première). De même qu'en matière d'erreur le *solvendi animus* détermine l'application de la *condictio*, le *donandi animus* détermine l'application des règles positives du droit sur les donations. Dans les deux cas, la condition essentielle est l'aliénation, c'est-à-dire l'accord des volontés sur la chose donnée et reçue; voilà comment le texte cité se rattache à mon sujet. — C'est sur le même principe que repose la L. 25, § 16, de her. pet. (V, 3). Celui qui possède une succession de bonne foi est seulement tenu de restituer ce dont il a bénéficié. Si donc il consomme des provisions appartenant à la succession, il ne rendra que ce qu'il aurait consommé de son propre fonds, c'est-à-dire ce qu'il a économisé. « Et verius est, ut ex suo patrimonio decedant ea, quæ, etsi non heres fuisset, erogasset. »

propriétaire; quant aux 300 écus dont le commodataire fait l'économie, il ne les doit pas à la munificence du propriétaire, mais à une privation qu'il s'impose. — Souvent, au reste, une semblable donation ne donne pas lieu à l'application des règles positives. Elle n'est soumise à l'insinuation que si la concession est faite pour un certain nombre d'années, car la donation peut se ramener immédiatement à une somme déterminée. A défaut d'une pareille clause, la donation générale se résout en autant de donations particulières qui ne sont pas soumises à l'insinuation (§ 166). — L'habitation du mari dans la maison de la femme ne saurait être considérée comme donation entre époux, c'est une conséquence naturelle de la vie commune (§ 152). Il en est autrement si un des époux abandonne gratuitement à l'autre une maison pour y exercer une industrie, non pour y habiter. — Une donation de ce genre est toujours révocable pour causes déterminées.

De même que le commodat, le dépôt (§ 145) peut, dans certains cas, constituer une donation. Quand un propriétaire concède gratuitement, pour y déposer des marchandises, un magasin qu'il a coutume de louer, le dépôt devient alors une donation véritable; car l'un renonce par libéralité à un revenu, et l'autre épargne une dépense.

J'en dis autant du mandat, qui, dans la règle, ne constitue pas une donation (§ 145). S'il s'agit de travaux mécaniques qui s'exécutent ordinairement pour de l'argent (*operæ fabriles*), ces travaux peuvent, comme l'usage d'une maison, s'évaluer à une somme déterminée (*d*). Quand donc de pareils travaux sont entrepris gratuitement pour un autre qui en épargne la dépense, il y a donation véritable, et dès lors l'entrepreneur des travaux peut exercer la *condictio indebiti*, s'il se croyait par erreur obligé de les exécuter (*e*). Chez les Romains, le donateur pouvait être l'ouvrier lui-même s'il était libre, ou un propriétaire d'esclaves ouvriers. Aujourd'hui le premier cas est seul possible.

Si la concession gratuite a pour objet l'usage

(*d*) L. 6, de operis libert. (XXXVIII, 1) : « Fabriles operæ ceteræque, *quæ quasi in pecuniæ prestatione consistunt.* »

(*e*) L. 26, § 12, de cond. ind. (XII, 6) : « ... Sed si operas patrono exhibuit, non officiales, sed fabriles, veluti pictorias vel alias, dum putat se debere, videndum an possit condicere?... in proposito, ait, posse condici, *quanti operas esset conductu-rus...* » (*esset*, c'est-à-dire le *patronus*, et telle est la bonne leçon de la Vulgate; le manuscrit de Florence porte *essem*). La L. 25 de præscr. verbis (XIX, 5) semble contredire ce principe, mais la contradiction n'est qu'apparente. Cette loi dit qu'on ne peut opposer réciproquement la condiction pour des travaux exécutés; elle ne dit pas qu'on ne puisse réclamer l'argent épargné par celui qui profite des travaux, et qui pour lui est de l'argent comptant.

d'un bien rural (*f*), la donation est encore moins douteuse que quand il s'agit d'une maison. En effet, l'usage d'un bien rural consiste principalement dans la perception des fruits, et ici l'objet de la donation est la propriété des fruits à venir. Considérée dans son résultat matériel, cette donation a beaucoup d'analogie avec la donation d'un usufruit; et en général elle ne s'en distingue que parce qu'elle ne confère au donataire aucun droit réel. Quant à sa durée, cette donation n'est soumise à aucune règle : elle peut être révocable à volonté, conférée pour un certain nombre d'années, ou, comme l'usufruit, pour toute la vie du donataire (*g*). La disposition suivante nous montre une application pure et simple de ce principe. Quand le mari abandonne à la femme les fruits naturels ou les fermages des biens ruraux composant la dot de celle-ci,

(*f*) L. 9, § 1, de don. (XXXIX, 5) : « Ex rebus donatis fructus perceptus in rationem donationis non computatur. (On verra tout à l'heure l'application de ce principe). *Si vero non fundum, sed fructus perceptionem tibi donem : fructus percepti venient in computationem donationis.* » La *computatio* dans l'esprit du jurisconsulte (Pomponius) se rapporte aux prescriptions de la loi Cincia, dans l'esprit de Justinien à l'insinuation. — C'est une transaction du même genre dont parle la L. 35, § 1, C. de don. (VIII, 54). C'est ainsi encore qu'un usufruitier fait donation à un tiers de la jouissance des fruits (§ 156).

(*g*) On voit dans la L. 66, de j. dot. (XXIII, 3), et L. 57, sol. matr. (XXIV, 3), comment on peut assurer pour l'avenir [cet abandon d'un usufruit.

il y a donation prohibée (*h*) : à bien plus forte raison s'il s'agissait, non des biens dotaux de la femme, mais des biens propres du mari.

Au premier abord on pourrait croire que l'usage d'une somme d'argent doit valoir comme donation à cause des intérêts qu'il peut produire, aussi bien que l'usage d'une maison ou d'un bien rural; néanmoins, il n'en est pas ainsi. Quand un créancier, par la remise des intérêts futurs, transforme sa créance en une créance non productive d'intérêts, cette transformation ne constitue pas une donation véritable soumise aux restrictions du droit positif (*i*). De même, et à plus forte raison, le prêt d'une somme d'argent fait sans intérêts dans l'origine ne vaut pas comme donation. — Celui qui acquitte immédiatement une dette payable dans plusieurs années procure à son créancier le bénéfice de l'anticipation des intérêts; néanmoins ce payement ne vaut pas comme donation, et aussi est-il per-

(*h*) L. 22; L. 28, de pactis dot. (XXIII, 4); L. 8, C. de don. int. vir. (V, 16); L. 20, C. de j. dot. (V, 12).

(*i*) L. 23, pr. de don. (XXXIX, 5) : « Modestinus respondit, creditorem futuri temporis usuras et remittere et minuere pacto posse : *nec in ea donatione, ex summa quantitatis aliquid vitii incurrere.* » Le *vitium ex summa quantitatis* se rapporte à la loi Cincia et à l'insinuation, comme dans la L. 9, § 1, eod. (note *f*). La *donatio* dont il est parlé ici n'est pas une donation proprement dite (§ 143 *i*).

mis entre époux (*k*). Ce n'est pas non plus faire une donation que transformer par contrat une obligation *in diem* en une *præsens obligatio*, car le changement opéré est moindre que dans le cas du payement immédiat. — Réciproquement, ce n'est pas faire une donation que transformer par contrat une *præsens obligatio* en une obligation *in diem*(*l*), car le débiteur a tout au plus la jouissance des intérêts pendant l'intervalle, supposé que la dette ne porte pas intérêt.

(*k*) L. 31, § 6, de don. int. vir. (XXIV, 1) : « Quod vir uxori in diem debet, *sine metu donationis præsens solvere potest :* quamvis commodum temporis retenta pecunia sentire potuerit. » Si donc en pareil cas le payement a été anticipé par erreur, il n'y a pas lieu à la *condictio indebiti*. L. 10, 17, 56, de cond. ind. (XII, 6) ; L. 88, § 5 de leg. 2 (XXXI, un.).

(*l*) L. 56, de cond. ind. (XII, 6 : «... pactum, quod in tempus certum collatum est, non magis inducit condictionem, quam si ex die debitor solvit... ; » évidemment parce que le créancier n'abandonne ni n'aliène rien, et par le même motif cela ne peut être regardé comme donation. — Ce principe semble contredit par la L. 9, pr. de don. (XXXIX, 5) ; «... Potest enim et citra corporis donationem *valere donatio : veluti si donationis causa cum debitore meo paciscar, ante certum tempus ab eo petam.* » Abandonner l'usage d'une somme d'argent n'est pas aliéner les intérêts que cette somme peut produire, c'est là un principe qu'une foule de textes s'accordent à reconnaître (notes *h, i*, et la L. 56, de cond. ind. cit.) ; ainsi donc ces mots *valere donatio* ne désignent pas une donation véritable donnant lieu à l'application des règles positives sur la matière ; ils expriment la possibilité d'une libéralité permise, mais ne constituant pas une donation proprement dite. L'ambiguïté de ce texte vient peut-être de l'omission de quelques mots relatifs à la loi Cincia.

Maintenant, quel est le motif de la différence entre l'usage gratuit d'un immeuble et l'usage d'une somme d'argent? Cette différence s'explique sans doute par une considération très-naturelle. Il est bien rare qu'un propriétaire ne tire aucun profit d'un immeuble, soit en l'occupant lui-même, soit en le donnant à bail; et si cela se rencontre par hasard, on doit ordinairement l'attribuer à une mauvaise administration. Il n'en est pas de même d'une somme d'argent. Le propriétaire peut avoir plusieurs motifs pour la garder sans en tirer intérêt; il peut aussi l'employer à l'achat de meubles, d'ouvrages d'art, etc., qui sont également improductifs. Dans une certaine mesure tout propriétaire fait un pareil emploi de son argent, et alors où serait la limite entre peu et beaucoup? Ainsi donc, quoique le droit positif regarde l'argent comme toujours susceptible de porter intérêt, et tel est le seul fondement des intérêts moratoires, la réalisation de cette possibilité n'en demeure pas moins tout à fait arbitraire. Il est donc très-logique d'admettre qu'en abandonnant gratuitement l'usage d'un immeuble, un propriétaire fait un sacrifice pécuniaire, c'est-à-dire une aliénation, et qu'il n'y a aucune aliénation dans le prêt d'une somme d'argent sans intérêts. Au lieu de garder son argent dans sa caisse, le propriétaire peut trouver plus sûr et plus commode de le confier sans in-

térêts à un débiteur riche et d'une solvabilité certaine.

Par les mêmes motifs, au contraire, il y a évidemment donation quand un créancier abandonne à un tiers l'usage d'un capital déjà placé à intérêts, car il lui donne précisément le montant des intérêts, et peu importe que la donation se fasse par les mains du débiteur. De même, quand une femme se constitue en dot une somme d'argent qu'elle promet de payer avec les intérêts, si le mari en faisant remise des intérêts à venir change la nature de la dette, il y a là donation prohibée (*m*). En effet, jusqu'au payement du capital, la dot ne se compose que de ces intérêts, et le mari ne peut renoncer à la jouissance de la dot en faveur de la femme, sans que par là même il y ait donation prohibée (*n*).

(*m*) L. 21, § 1; L. 54, de don. int. vir. (XXIV, 1).

(*n*) Sans doute il faut entendre autrement le *tempore plus petere* du § 33, J. de act. (IV, 6), où il s'agit, sans contredit, d'une perte d'intérêts. Mais le *plus petere* embrasse tout ce qui aggrave la position du débiteur, alors même que cela ne pourrait se ramener à une perte d'argent déterminée. Ainsi, indépendamment des intérêts, le *plus* pourrait consister en ce que le débiteur aurait plus de peine à trouver de l'argent qu'à l'époque de l'échéance de la dette.

§ CXLVII. — *Donation.* — *Définition,* II. — *Aliénation.* (Suite.)

Les cas dont je viens de parler prennent un aspect un peu différent qnand la donation a pour objet non pas l'usage ou les fruits d'une chose, mais la chose elle-même. Quelle est alors l'influence des règles positives sur les fruits produits postérieurement par la chose? Examinons d'abord sous ce rapport la donation d'un bien rural (*a*). Pour savoir si la donation est soumise à l'insinuation, on examine seulement la valeur de l'immeuble; si cette valeur est au-dessous de la fixation légale, la donation est valable sans égard à l'augmentation progressive qui peut résulter des fruits à venir (*b*). De même, si la valeur de l'immeuble excède la fixation légale, par exemple, 1,000 ducats au lieu de 500, à défaut d'insinuation, la donation est nulle pour moitié,

(*a*) Je choisis cet exemple à cause de son évidence et de l'importance de son objet; mais je n'ai pas besoin de dire que les mêmes principes s'appliquent à tous les fruits naturels, ainsi au croît et à la laine d'un troupeau donné.

(*b*) L. 9, § 1, de don. (XXXIX, 5) dans sa première décision (§ 146, f.); L. 11, eod. : « Cum *de modo donationis* quæritur, neque partus nomine, neque fructuum neque pensionum, neque mercedum ulla donatio facta esse videtur. (Cf. § 143, I.) — Ces deux textes se rapportent dans l'esprit de leur auteur à la L. Cincia, dans l'esprit de Justinien à l'insinuation.

et pour cette moitié révocable; mais il n'y a point lieu à la répétition des fruits, car les diverses récoltes forment autant de petites donations particulières non sujettes à l'insinuation (§ 166).

C'est une question très-délicate de savoir si, entre époux, la révocation de la donation d'un bien rural entraîne la répétition des fruits encore existants. D'après Ulpien, cette question devrait toujours se résoudre négativement (*c*). Pomponius établit une distinction entre les fruits produits par la culture et les fruits naturels, et il dit que ces derniers seulement sont sujets à répétition (*d*). On pourrait essayer de concilier ces textes en regardant le second comme le développement du premier, et dès lors comme seul obligatoire. Mais, par là, on ne fait que reculer la difficulté. D'abord, cette distinction entre les deux espèces de fruits est vague et incertaine, et n'est même pas fondée, car les fruits cultivés après

(*c*) L. 17, pr. de don. int. vir. (XXIV, 1) : » De fructibus quoque videamus, si ex fructibus prædiorum, quæ donata sunt, locupletata sit, an in causam donationis cadant? Et Julianus significat, fructus quoque, ut usuras, licitam habere donationem. »

(*d*) L. 45, de usuris (XXII, 1) : « Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit (c'est-à-dire, il a le droit de se les approprier) illos tamen, quos suis operis adquisierit, veluti serendo : nam si pomum decerpserit, vel ex silva cædit, non fit ejus (sicuti nec cujuslibet bonæ fidei possessoris) : quia non ex facto ejus is fructus nascitur. »

le prélèvement des frais de culture donnent un bénéfice net. Autrement, d'où proviendrait le fermage qui représente ce bénéfice net, et arrive entre les mains du propriétaire sans aucun travail de sa part? Secondement, elle est en contradiction avec la règle posée plus haut (§ 146, *f, h*), que l'abandon et la jouissance des fruits est considéré comme donation, et dès lors prohibé entre époux; car un époux avide éluderait facilement cette règle en se faisant donner l'immeuble lui-même, puisque la révocation de la donation n'entraînerait pas la restitution des fruits perçus dans l'intervalle. Troisièmement, une loi formelle porte que quand le mari rend à la femme sa dot pendant la durée du mariage, cela constitue une donation prohibée, et que la dot tout entière, par conséquent les immeubles qui en dépendent et tous les fruits perçus dans l'intervalle, doivent être restitués au mari (*e*). Ce que l'on dit ici des immeubles dotaux ne doit-il pas, et avec plus de raison encore, s'appliquer aux immeubles du mari? Je citerai enfin un texte où Marcellus, au sujet de la donation d'un bien rural entre époux, décide que les fruits font partie de la donation, et tombent sous la prohibition comme l'immeuble lui-même (*f*). De tout cela il résulte que

(*e*) L., un., C. si dos (V, 19), c'est-à-dire L. 3, C. Th. de j. dot. (III, 13), Nov. 22, C. 39.

(*f*) L. 49, de don. int. vir. (XXIV, 1). Une femme donne à son

cette question divisait les jurisconsultes romains. Marcellus soutenait l'opinion la plus conséquente; Ulpien, qui invoque l'autorité de Julien, exclut tous les fruits de la donation; Pomponius adopte un moyen terme en distinguant deux espèces de fruits. On pourrait donc, dans l'esprit de la législation justinienne, adopter la conciliation proposée plus haut entre Ulpien et Pomponius comme moyen de résoudre une antinomie; alors on ne tiendrait aucun compte de la véritable opinion d'Ulpien.

Si l'on pèse toutes ces raisons, on peut admettre avec vraisemblance que, dans les textes cités, Ulpien et Pomponius se sont laissé induire en erreur par l'analogie apparente qui existe entre les fruits et l'intérêt de l'argent (*g*) dont je parlerai tout à l'heure, et alors il faut admettre, avec Marcellus, que la donation des fruits de toute espèce est nulle et sujette à révocation. Si, en présence des textes d'Ulpien et de Pomponius, on trouve cette doctrine trop aventureuse,

mari la propriété d'un domaine, de telle sorte qu'après la mort de celui-ci la propriété reviendra à l'enfant né de leur mariage : « ... si color vel titulus, ut sic dixerim, donationi quæsitus est, *nihil valebit traditio : id est si hoc exigit uxor, ut aliquid ex ea re interim commodi sentiret maritus.* » Ainsi, Marcellus dit que par une donation semblable la donation des fruits échapperait à la prohibition, ce qui ne doit pas être.

(*g*) Ces mots « fructus quoque, *ut usuras,* etc. » (note *c*), favorisent cette induction.

on n'a plus qu'à adopter la distinction de Pomponius, sauf l'exception des immeubles dotaux donnés par le mari à la femme, sans s'inquiéter de l'inconséquence de la règle et de l'exception, et sans s'inquiéter davantage du texte contraire de Marcellus, parce que celui-ci traite de la question à propos d'une espèce, et ne donne pas une décision isolée. — Quelle que soit du reste l'opinion que l'on adopte relativement aux fruits d'un bien rural, il est certain que pour une maison la prohibition de la donation entre époux s'étend aux loyers comme à la maison elle-même (*h*). — Quand la donation d'un bien rural est révoquée pour cause déterminée, par exemple pour cause d'ingratitude, la révocation, et cela n'a jamais été contesté, s'applique aux fruits perçus comme à l'immeuble lui-même.

Quand l'objet de la donation est une somme d'argent, les mêmes questions se représentent pour les intérêts à venir. En ce qui touche l'insinuation, je n'ai pas besoin de dire qu'une donation inférieure à 500 ducats ne devient pas une donation importante parce qu'avec les in-

(*h*) Non-seulement à cause de l'identité de leur nature, mais aussi à cause de la L. 11, de don. (XXXIX, 5), » *neque pensionum*, neque mercedum » (note *b*). *Pensio* s'applique spécialement au loyer des maisons, sens que confirme d'ailleurs le rapprochement de l'expression plus générale de *mercedum*; ainsi donc cela signifie les loyers et les fermages.

térêts elle pourra, dans la suite, dépasser 500 ducats. Si même une donation de 800 ducats a été faite sans insinuation, et que plus tard la donation soit révoquée pour les 500 ducats excédant la fixation légale, le donateur n'a pas le droit de réclamer les intérêts de cette somme. — Si entre époux il y a donation d'une somme d'argent et plus tard révocation, le donataire ne doit pas d'intérêts (*i*), et cela à cause de la différence signalée plus haut entre l'intérêt de l'argent et les loyers d'une maison ou les fruits d'un bien rural. Cette règle, néanmoins, semble devoir souffrir une exception. Si le mari a reçu une dot en argent, et que plus tard il donne une somme d'argent à sa femme, il y a là, quelque nom que l'on impose à l'acte, restitution totale ou partielle de la dot; or cette restitution peut toujours être attaquée et annulée avec toutes ses suites comme donation prohibée (note *e*), et alors les intérêts sont entièrement assimilés à des fruits, car le but d'une constitution de dot en argent est la jouissance des intérêts, et ce but est incompatible avec la donation du mari à la femme. — Enfin, quand la donation d'une somme d'argent est révoquée pour cause déter-

(*i*) L. 7, § 3, in f.; L. 15, § 1; L. 16; L. 17, pr. de don. int. vir. (XXIV, 1). Ce principe très-raisonnable a, par une fausse analogie, donné naissance à la décision erronée sur les fruits des immeubles (note *g*).

minée, par exemple pour cause d'ingratitude, le donateur n'a pas droit de réclamer des intérêts.

La question que je viens d'examiner ici au sujet de la donation d'un immeuble ou d'une somme d'argent, la question, dis-je, de savoir si les fruits et les intérêts sont compris dans l'aliénation de la chose principale, se représente pour quelques autres institutions, et nous fournit un rapprochement instructif. Ainsi d'abord pour la *Pauliana*. Quand un débiteur insolvable fait des aliénations frauduleuses, si l'acquéreur est complice de la fraude, il est traité avec la dernière rigueur; il doit non-seulement les fruits des immeubles aliénés, mais aussi les intérêts des sommes payées avant leur échéance (*k*). Tout cela n'est qu'une juste punition du *dolus*. Si au contraire il n'est pas complice de la fraude, il conserve les fruits postérieurs à l'aliénation, parce qu'ils ne faisaient pas encore partie des biens du débiteur (*l*). — Celui qui reçoit un prêt sans intérêts, comme récompense d'une action injuste

(*k*) L. 10, § 12, § 19-22, quæ in fraud. (XLII, 8); le § 5 parle expressément de connivence, et elle est toujours supposée dans les §§ qui suivent. L. 17, § 2, eod.

(*l*) L. 25, § 4, 5, 6, quæ in fraud. (XLII, 8) (de Venulejus). En ce qui concerne l'aliénation des fruits, cette loi reproduit évidemment le principe que posent Ulpien et Pomponius relativement aux donations entre époux (notes *c*, *d*); et cependant Venulejus ne parle pas de la distinction faite par Pomponius dans la L. 45, de usuris.

intentée contre un tiers (*calumnia*), est condamné à payer le quadruple des intérêts ainsi reçus (*m*).

§ CXLVIII. — V. *Donation.* — *Définition*, II. *Aliénation.* (Suite.)

Cherchons maintenant à embrasser sous un seul coup d'œil l'ensemble des cas de la seconde espèce, ceux où il n'y a pas donation, parce que l'on néglige un droit à acquérir sans sacrifier un droit acquis (§ 145). Le cas le moins douteux et le plus évident est celui où l'on renonce à une succession ou à un legs pour en faire profiter un tiers (§ 145); car ce sont là des événements fortuits sur lesquels nul ne peut compter; une semblable extension de patrimoine dépend entièrement de notre volonté, et son principe est complétement en dehors des biens qui en font l'objet. Il y a des biens, au contraire, qui, de leur nature, produisent un accroissement de richesse que le propriétaire recueille sans aucun acte spécial de volonté, et n'abandonne que par une détermination tout à fait exceptionnelle; cet accroissement de richesse n'a rien d'accidentel, car il supplée ordinairement aux besoins journaliers de la vie. Tels sont les loyers d'une maison,

(*m*) L. 2, de calumniatoribus (III, 6).

les fruits ou le fermage d'un domaine rural (§ 146). La régularité de cet accroissement de richesse le fait considérer, par anticipation, comme partie intégrante de nos biens, et dès lors comme l'objet d'une aliénation et d'une donation véritable. Les intérêts de l'argent tiennent le milieu entre ces deux espèces d'acquisitions. Beaucoup moins fortuits que les successions et les legs, ils n'ont ni la régularité, ni l'uniformité du revenu des immeubles. Aussi, les intérêts de l'argent ne rentrent pas ordinairement dans la sphère des donations, ou, si cela arrive, ce n'est pas comme simple conséquence de l'aliénation, mais parce que les circonstances particulières de l'acte établissent l'intention de donner (§ 146, 147).

Voici un cas que l'on regarderait à tort comme en contradiction avec la règle posée plus haut. Si au moment où une chose va m'être livrée, soit à titre de vente, soit à titre de donation, je charge celui qui doit me livrer la chose de la donner à un tiers en mon nom, ce mandat équivaut de ma part à une donation véritable (*a*). Rigoureusement parlant, le droit abandonné est un droit à acquérir, non un droit acquis; néanmoins ce cas diffère essentiellement de ceux énumérés plus haut. Ce n'est là qu'un moyen souvent usité

(*a*) L. 3, § 12, 13; L. 56, de don. int. vir. (XXIV, 1).

de faciliter et d'abréger l'opération ; on suppose que la chose m'a été réellement livrée, et qu'ensuite je l'ai transmise au tiers donataire.

Il me reste à examiner la troisième classe des cas où il n'y a pas de donation par suite du défaut d'aliénation (§ 145), c'est-à-dire quand l'une des parties abandonne effectivement une portion de ses biens, et que l'autre acquiert un droit en dehors des biens.

Tel était en droit romain l'affranchissement des esclaves. Sans doute le maître qui affranchissait un esclave sacrifiait par libéralité une propriété véritable, et de son côté se trouvaient remplies les conditions essentielles de la donation. Sans doute l'esclave affranchi recevait le plus grand bienfait qu'un homme puisse tenir d'un autre homme, la liberté ; mais ce n'était pas un droit des biens (*b*), et l'on se tromperait beaucoup si l'on pensait que le maître transmet à l'affranchi la propriété de l'esclave. Cette propriété est au contraire complétement anéantie, et l'affranchissement crée un homme libre, un sujet ayant la capacité du droit. Aussi, l'affran-

(*b*) L. 106, de R. J. (L. 17) : « Libertas inæstimabilis res est. » Ce n'est pas là une expression figurée qui désigne une valeur considérable, mais la négation absolue de toute valeur vénale : argent et liberté sont deux choses incommensurables. Ulpian., II, 11 : «.... nec pretii computatio pro libertate fieri potest. » Cf. Gaius, II, § 265. § 7, J., qui et quib. ex causis (I, 6) ; L. 176, § 1, de R. J. (L. 17).

chissement, soit testamentaire, soit entre-vifs, n'était pas une donation, et jamais on n'a songé à lui appliquer la *lex Cincia*, ou plus tard l'insinuation. Si donc nous voyons plus d'une fois l'affranchissement être appelé *donatio* (*c*), c'est dans le sens impropre du mot.

L'émancipation des enfants a de commun avec l'affranchissement des esclaves que l'enfant acquiert aussi un droit en dehors des biens, l'indépendance. Mais comme, de son côté, le père n'abandonne aucun droit des biens, l'émancipation offre encore moins d'analogie avec la donation que l'affranchissement (*d*).

Quand le peuple par un décret, ou plus tard l'empereur, conférait à un étranger le droit de cité, il n'y avait certainement pas là de donation véritable. Néanmoins, Gaius appelle cela *donare* (*e*). Je fais cette remarque non pour prévenir une méprise impossible en pareil cas, mais afin de montrer combien les anciens jurisconsultes eux-mêmes étaient peu scrupuleux dans l'emploi de ce mot.

(*c*) Meyerfeld, I, p. 48, 49, cite là-dessus un grand nombre de textes.

(*d*) La L. 6, § 3, C. de bonis quæ lib. (VI, 61), dit, il est vrai : « majores qui emancipationem *donant*, » mais ce n'est pas là une donation proprement dite.

(*e*) Gaius, I, § 94 ; III, § 20.

§ CXLIX. — V. *Donation.* — *Définition*, III. *Enrichissement.*

J'ai dit que le troisième élément d'une donation véritable était l'enrichissement du donataire (§ 145); il me reste à montrer comment ce troisième élément se distingue de la simple aliénation. Il y a enrichissement du donataire quand, en définitive, la valeur totale de son patrimoine se trouve augmentée.

Trois causes peuvent empêcher que l'acquisition d'un droit des biens résultant d'une aliénation constitue un enrichissement.

1° L'acte juridique peut être de telle nature qu'il n'augmente pas l'étendue des biens, mais qu'il assure l'exercice ou la poursuite d'un droit existant.

2° Le gain peut être compensé par un sacrifice équivalent que fait l'acquéreur du droit.

3° L'enrichissement primitif peut se perdre dans la suite.

Examinons successivement ces trois différents cas.

Et d'abord, l'acte juridique affecte, non l'étendue des biens, mais la jouissance. L'existence d'une donation se trouve alors exclue dès l'origine, quand même une des parties aurait agi

dans une intention bienveillante, et que l'autre aurait retiré de l'acte un avantage réel.

Ainsi, payer comptant ou *expromittere* une somme due *naturaliter*, ce n'est pas faire une donation, quoique ce soit acquitter volontairement une dette que le créancier ne pouvait réclamer devant les tribunaux; l'étendue des biens ne s'en trouve pas augmentée (*a*). Voilà pourquoi la femme qui se constitue une dot ne fait pas une donation (*b*); elle y est obligée *naturaliter* (*c*).

Le possesseur de la chose d'autrui, en la rendant avant toute réclamation au propriétaire, peut-être destitué de preuves, ne fait pas une donation; l'étendue des biens ne se trouve nullement modifiée. — Cette vérité peut se généraliser davantage et se traduire par la règle suivante : La possession ne forme jamais la matière d'une donation véritable, car de sa nature la

(*a*) L. 19, § 4, de don. (XXXIX, 5) : « Si quis servo pecuniam crediderit, deinde is liber factus eam expromiserit : *non erit donatio, sed debiti exsolutio.* » Sur la *naturalis obligatio* qui existe dans ce cas, voy. plus haut, § 65, *i*. — Dans ce cas aussi, le payement fait par erreur ne donne pas lieu à la *condictio indebiti*. L. 64, de cond. ind. (XII, 6) : «... naturale agnovit debitum. »

(*b*) L. 9, pr. § 1, de cond. causa data (XII, 4); L. 21, § 1, de don. int. vir. (XXIV, 1); L. 19, de O. et A. (XLIV, 7). — Ce principe est encore justifié par d'autres motifs dont je parlerai plus bas.

(*c*) L. 32, § 2, de cond. ind. (XII, 6).

possession est un fait, et non un droit. C'est uniquement l'exercice de la propriété; aussi, dans le langage du droit, le propriétaire n'est ni plus riche parce qu'il possède, ni plus pauvre parce qu'il est dépossédé. Voilà pourquoi la possession n'admet pas de succession juridique, et celui qui l'acquiert commence en sa personne une possession nouvelle. Voilà pourquoi encore la prohibition des donations entre époux n'empêche pas de transmettre la simple possession; l'époux alors acquiert la possession véritable, non la propriété ni la *civilis possessio,* car il faudrait une *justa causa* qui n'existe pas dans cette donation (c^1).

Le cautionnement d'une dette n'est jamais une donation en faveur du créancier, quand même le débiteur serait insolvable: le cautionnement ne fait que garantir au créancier la poursuite d'un droit déjà existant (*d*).

Le débiteur, même insolvable, qui fournit un gage, ne fait pas une donation au créancier; celui-ci ne trouve dans le gage que la garantie

(c^1) Pour la preuve et le développement de ce que je dis ici sur la possession, voy. Savigny, Recht des Besitzes, § 5 et 7, p. 26, p. 71-75, 6e édit.

(*d*) L. 1, § 19, si quid in fraud. (XXXVIII, 5). — Il peut y avoir là une donation faite au débiteur, si on n'a pas l'intention de réclamer en vertu de l'*actio mandati* ou *negotiorum gestorum* la somme payée pour lui (§ 158, *s.*).

d'un droit acquis (*e*). — Le gage constitué pour la dette d'un tiers n'est pas plus une donation que le cautionnement de cette même dette (*f*) — La remise d'un droit de gage faite par le créancier au débiteur n'est pas non plus une donation, car, la créance subsistant toujours, les biens ne sont pas diminués (*g*). Aussi cette remise est-elle valable entre époux (*h*).

(*e*) L'insolvabilité présente ou possible du débiteur ne fait pas une donation de la constitution de gage, non plus que le payement. — Sans doute on peut, en pareil cas, exercer la *Pauliana* (L. 22; L. 6, § 6, quæ in fraud., XLII, 8), car cette action ne suppose pas nécessairement un bénéfice réalisé, § 145, *d*.

(*f*) L. 1, § 19, si quid in fraud. (XXXVIII, 5). — Une constitution de gage, comme le cautionnement, peut constituer une donation en faveur du débiteur (note *d*).

(*g*) L. 1, § 1, quib. modis pign. (XX, 6). Ce texte se rapportait sans doute à la loi Cincia, et il a été interpolé (Zeitschrift f. gesch. Rechtswiss., IV, 44). Le créancier ayant fait, par donation, remise de la dette, avait par là même renoncé au droit de gage. La loi Cincia déclarait la donation non valable, ce qui ne touchait pas à l'abandon du droit de gage : « .... quoniam inutilem pecuniæ donationem lex facit, *cui non est locus in pignore liberando;* » c'est-à-dire que la remise du gage n'est pas une donation. La L. 8, § 5, eod., loin de contredire ce principe le confirme, car elle oppose le *donare* à la remise du gage, et interdit l'un et l'autre à l'administrateur d'un pécule. — La remise d'un gage peut donner lieu à la *Pauliana* (Cf. note *e*). L. 2; L. 18, quæ in fraud. (XLII, 8). — Quand la remise du gage résulte d'un legs, ce qui est permis (L. 1, § 1, de lib. leg. XXXIV, 3), cette remise n'enrichit pas le débiteur, et dès lors ne peut faire la matière d'un fidéicommis, L. 3, § 4, de leg. 3 (XXXII, un.).

(*h*) L. 18, quæ in fraud. (XLII, 8; L. 11, C. ad Sc. Vell. (IV, 29); L. 11, quib. mod. pign. (XX, 6). — Sans doute la

L'acceptilation d'une dette soumise à une exception n'est pas une donation; cette formalité ne fait que sanctionner un droit déjà existant (§ 158, *d*).

En second lieu, il n'y a pas enrichissement si l'acquéreur fait un sacrifice égal au gain qu'il reçoit. Les cas de cette espèce supposent un acte complexe dont la nature est incompatible avec la *lucrativa causa,* élément essentiel de toute donation (§ 143). Voici les différentes formes que ces cas sont susceptibles de revêtir :

La prestation réciproque peut avoir eu lieu dans un temps passé. Ainsi, le payement d'une dette ne constitue pas une donation, parce que ordinairement le créancier a fourni à une époque antérieure ce dont il reçoit l'équivalent.

Les deux prestations peuvent avoir lieu simultanément, comme dans la vente et l'échange, quand les deux parties exécutent immédiatement le contrat. Le payement d'une dette dont j'ai parlé tout à l'heure se représente encore ici, parce que toujours le créancier, abstraction faite de ce qu'il a fourni antérieurement, remet

femme ne peut pas renoncer au droit de gage que la loi lui donne pour ses répétitions dotales. L. un., § 15, C. de r. u. a. (V, 13). Mais cela résulte non de la prohibition des donations, mais de cette règle toute différente qu'en matière de droits dotaux la condition de la femme ne peut être empirée par contrat (deterior fieri conditio mulieris).

le titre de sa créance qui formait partie de ses biens. Aussi, l'accomplissement d'une promesse de donation régulièrement faite n'est pas une donation, mais le payement ordinaire d'une dette; aussi, encore, la promesse de donation d'une somme importante une fois insinuée, l'acte de payement n'a pas besoin d'une nouvelle insinuation. Quand une donation a été promise par contrat avant le mariage, le payement de cette somme pendant le mariage est un acte licite. — Par là s'explique d'une manière plus complète le principe établi précédemment (note *a*), que le payement d'une *naturalis obligatio* n'est pas une donation. En effet, contre le payement s'échange la *naturalis obligatio*, qui, si elle ne donne pas lieu à une action, fait néanmoins partie intégrante des biens, car un débiteur loyal s'acquittera volontairement, sans parler des voies indirectes de contrainte qui peuvent se présenter, la compensation, par exemple. Réciproquement, il y a toujours donation dans le payement d'un *indebitum* fait sciemment (*i*), car l'*indebitum* n'est pas en réalité partie intégrante des biens, il en a tout au plus la fausse apparence.

Enfin, la prestation réciproque peut être placée dans un temps futur. Ainsi, celui qui fait un

(*i*) Cf. appendice VIII, num. XXXVI (note *e*).

emprunt contracte, en recevant l'argent, l'obligation de le rendre plus tard.

Si la prestation réciproque, comparée à l'acquisition présente, a une valeur égale ou supérieure, l'acquisition ne saurait contenir une donation. Si cette prestation a une valeur moindre, l'acquisition peut revêtir le caractère d'une donation. Cela dépend de l'intention du donateur, et alors il en résulte un acte mixte (*negotium mixtum cum donatione*), dont je déterminerai plus bas la nature particulière.

En troisième lieu, j'ai dit qu'il n'y a pas enrichissement, et dès lors pas de donation, quand le droit acquis vient plus tard à périr, et que l'enrichissement primitif disparaît. Dans les deux cas précédents, la donation n'a jamais existé; dans celui-ci, au contraire, l'acte, qui était d'abord une donation véritable, cesse de l'être plus tard. Cette circonstance a donc pour effet d'arrêter les suites de la donation; en d'autres termes, la donation révocable comme faite en violation du droit positif ne peut plus être révoquée dès qu'elle n'enrichit plus le donataire.

C'est relativement aux donations entre époux que les Romains ont développé et déterminé rigoureusement les principes de cette matière difficile. Je vais donc m'en occuper d'abord, et ensuite on fera aisément l'application de ces

règles à l'insinuation et à la révocation pour causes déterminées.

Néanmoins, la perte du droit conféré par la donation ne suffit pas absolument pour arrêter les conséquences attachées à la donation par le droit positif; voici différents cas qu'il faut soigneusement distinguer. Le droit peut périr purement et simplement, ou bien se transformer en un second droit qui se substitue au premier. — La perte du droit peut résulter ou de la volonté même du donateur, ou d'un événement fortuit, ou du libre arbitre du donataire. — Je vais examiner successivement ces différents cas, et seulement d'abord par rapport aux donations entre époux. Le but pratique de cette recherche est donc de déterminer dans quelles limites il y a lieu à révocation, quand le droit conféré a péri pour l'époux donataire.

§ CL. — V. *Donation.* — *Définition,* III. *Enrichissement.* (Suite.)

Si la perte du droit résulte de la volonté du donateur, celui-ci n'a absolument aucune réclamation à exercer contre l'époux donataire. Supposons que le donataire ait été tenu dès l'origine de remettre la chose à un tiers, la jouissance intermédiaire peut tout au plus constituer une

donation (§ 147); quant à la chose principale, la remise une fois opérée, il ne reste plus aucune trace de donation (*a*). Il en est de même si la convention intervient plus tard, mais s'exécute effectivement (*b*). — Le donataire peut aussi, sans avoir contracté aucune obligation, mais d'après l'intention exprimée du donateur, employer la chose de manière à en perdre la propriété. Si donc un mari donne à sa femme un terrain pour l'érection d'un tombeau, ou pour toute autre destination qui le mette hors du commerce, cette donation est valable. Néanmoins, de peur que l'on élude ainsi la prohibition, la transmission de la propriété est suspendue tant que le terrain n'a pas reçu sa destination (*c*). — De même, quand on aliénait un esclave pour être affranchi par son nouveau maître, en général il n'y avait pas là de donation, ou tout au plus la donation partielle des services de l'esclave jusqu'à l'époque de l'affranchissement (*d*). Un pareil acte

(*a*) L. 49, de don. int. vir. (XXIV, 1); L. 5, § 9, de j. dot. (XXIII, 3).

(*b*) L. 34, de don. int. vir. (XXIV, 1); Fragm. Vat., § 269.

(*c*) L. 5, § 8-12, de don. int. vir. (XXIV, 1). Ici, il n'y a pas de donation, alors même que dans ce but la femme eût voulu acheter un terrain de ses propres deniers dont elle fait l'économie; néanmoins, s'il s'agit d'une maison d'habitation, l'économie du loyer constitue une donation. Sur cette contradiction apparente, cf. § 151, *g*.

(*d*) L. 18, § 1, 2, de don. (XXXIX, 5). Cf. Meyerfeld, I, 413.

était licite entre époux (*e*); la propriété n'était transmise qu'au moment de l'affranchissement (*f*), et jamais on ne regardait comme donation l'usage que faisait un époux d'un esclave appartenant à son conjoint (§ 152). Sans doute le donataire acquérait le droit important de patronage; mais ce droit, n'ayant pas de valeur vénale, ne sortait pas des biens du donateur (*g*). Lors même qu'en retour de l'affranchissement il y avait de l'argent ou des services promis, ces avantages, malgré leur valeur vénale, ne constituaient pas une donation, parce qu'ils ne sortaient pas des biens du donateur (*h*). — Ainsi donc, dans les cas que je viens d'énumérer, il n'y a pas eu dès l'origine de donation véritable, ou bien elle a cessé d'exister dès que le droit a péri.

Si le droit vient à périr par suite d'événements fortuits, tels que incendie, tremblement de terre, vol à main armée, etc., le donateur n'a plus de

(*e*) Ulpian., VII, § 1; Paulus, II, 23, § 2; L. 109, pr. de leg. 1 (XXX, un.); L. 22, C. de don. int. vir. (V, 16). — Ici, comme dans plusieurs autres cas, Paulus hésite sur le véritable motif de la décision : «.... donatio favore libertatis recepta est, vel certe quod nemo ex hac fiat locupletior. » Ce dernier motif est péremptoire et exclut absolument le premier.

(*f*) L. 7, § 8, 9; L. 8; L. 9, pr. de don. int. vir. (XXIV, 1).

(*g*) L. 5, § 5, de præscr. verbis (XIX, 5) : «... An deducendum erit, quod libertum habeo? *Sed hoc non potest æstimari.* »

(*h*) L. 9, § 1, de don. int. vir. (XXIV, 1); L. 62, sol. matr. (XXIV, 3).

répétition à exercer, et la donation est complétement anéantie avec toutes ses conséquences (*i*). Mais elle a réellement existé jusqu'au moment de la perte. — Ce que j'ai dit de la perte totale s'applique à la perte partielle. Tel est, entre autres, le cas où, par l'effet de causes générales, la chose donnée a diminué de valeur.

Je passe aux cas de la troisième espèce, ceux où la perte résulte d'un acte volontaire du donataire. Ce sont là les plus fréquents et aussi les plus difficiles. Voyons d'abord comment il devraient être envisagés d'après les règles générales du droit. — L'époux donataire possède sciemment la chose d'autrui, car il sait qu'une donation illicite ne peut transférer la propriété (*k*). Si donc l'époux donataire d'une somme d'argent l'a donnée lui-même ou dissipée au jeu, l'autre époux peut en réclamer la valeur en vertu d'une

(*i*) L. 28, pr. de don. int. vir. (XXIV, 1) : « Si id, quod donatum sit, *perierit*, vel consumtum sit, ejus qui dedit est detrimentum : merito, *quia manet res ejus qui dedit, suamque rem perdit.* » Ce texte parle de deux cas tout différents : le *perire* et le *consumi*. Je ne m'occupe ici que du *perire*, auquel seul s'applique le motif cité. Quant au *consumi*, j'en parlerai tout à l'heure (note *p*).

(*k*) L. 19, pr. de don. int. vir. (XXIV, 1) : «... hoc enim bonæ fidei possessoribus concessum est : *virum autem scientem alienum possidere.* » Il est donc assimilé ici à un possesseur de mauvaise foi ; néanmoins, on ne saurait le considérer absolument comme tel, car il possède avec le consentement du propriétaire : ce qui exclut la violation du droit.

condictio sine causa ou *ex injusta causa* (*l*), de même qu'il aurait la revendication ordinaire si la somme existait encore en nature. Mais là où la chose a péri, j'observe qu'en général les condictions s'accordent en cas de *dolus*, et non de *culpa* (*m*). Ainsi donc, l'époux donataire ne serait pas soumis à la condiction s'il s'était laissé voler l'argent, car cette perte résulte uniquement d'une *culpa*. Indépendamment de la condiction, le donateur aurait encore, d'après les circonstances, les actions suivantes : d'abord, si la chose avait été détruite sciemment ou aliénée à dessein, l'*actio ad exhibendum* ou la *rei vindicatio*, dirigées contre celui *qui dolo fecit, quo minus exhiberet,* ou *quo minus possideret;* puis l'*actio L. Aquiliæ*, si la chose donnée, qui est toujours restée la propriété du donateur, a été

(*l*) L. 6, de don. int. vir. (XXIV, 1) : « Quia quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa, aut ex injusta causa retineri intelligitur : ex quibus causis condictio nasci solet. »

(*m*) L. 65, § 8, de cond. ind. (XII, 6) : « Si servum indebitum tibi dedi, eumque manumisisti, *si sciens hoc fecisti, teneberis ad pretium ejus*, si nesciens, non teneberis..... » L. 26, § 12, eod. : «... ut puta.... dedi.... hominem indebitum, et hunc *sine fraude modico distraxisti :* nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes. » Si donc par négligence la vente a été faite à vil prix, il n'y a pas lieu à indemnité en vertu de la condiction. — Il en est autrement dans la L. 65, § 6, eod. : « si consumsit frumentum, pretium repetet, » ici dans tous le cas, et sans égard au *dolus*, parce que la valeur du blé, qu'autrement il aurait dû acheter, est un bénéfice ctauel (§ 151, *g*).

détruite ou endommagée, et cela non-seulement en cas de *dolus*, mais encore de *culpa*. — Voici néanmoins ce qu'on pourrait objecter contre cette application rigoureuse des principes. Tant que le donateur ne révoquait pas la donation, le donataire possédait avec son consentement; si donc celui-ci détruisait ou aliénait la chose, c'était avec le consentement du propriétaire; cette présomption a du moins beaucoup de vraisemblance, et alors se trouveraient exclus d'abord le *dolus*, puis l'application des actions énumérées plus haut. On verra plus bas (note *u*) que cette objection n'avait pas échappé aux jurisconsultes romains.

Le décret du sénat de l'an 206 changea l'état de la question. Il déclara que pendant la durée du mariage le droit de révocation était personnel au donateur, qu'il ne passait pas à ses héritiers, et qu'ainsi toute donation non révoquée par le donateur devenait inattaquable à sa mort (*n*). Ce décret parlait aussi expressément de la consommation de la chose (*o*); sans doute en ce sens que

(*n*) L. 32, pr., § 1, 2, de don. int. vir. (XXIV, 1).

(*o*) L. 32, § 9, de don. int. vir. (XXIV, 1): « Quod ait oratio, *consumpsisse*, sic accipere debemus, ne is qui donationem accepit, locupletior factus sit : ceterum, si factus est, orationis beneficium locum habebit. » C'est-à-dire : Si le donataire dissipe la somme donnée, s'il l'aliène sans en rien retirer, il y a *consumtio* dans le sens de l'*oratio* (du sénatus-consulte), et l'on n'a pas besoin d'attendre, pour confirmer la donation, la mort du dona-

la chose une fois consommée le donateur lui-même n'avait plus aucun recours contre le donataire. Cette disposition était très-conséquente, car, la révocation interdite aux héritiers, il devenait encore plus vraisemblable que le donataire avait consommé ou aliéné la chose de bonne foi, et non en vue d'échapper à une révocation future.

Le résultat pratique du moins n'est pas douteux, et voici ce qu'enseignent les jurisconsultes qui écrivaient d'après cette nouvelle législation : « Un des éléments essentiels d'une véritable *donatio* est que le donataire *ait été locupletior;* mais entre époux il faut de plus que le donataire *soit encore locupletior,* et cela au moment de la *litis-contestatio*, quand le donateur veut faire révoquer la donation par voie de revendication ou de condiction. Si donc avant cette époque la chose donnée a péri ou a été dissipée, le donateur n'a plus aucune action (*p*). » Ainsi, nous voyons cette doctrine appliquée quand le donataire a

teur. Si, au contraire, la somme donnée a servi à une acquisition, la chose ainsi acquise est considérée comme donation, et peut toujours être réclamée; mais ce droit cesse à la mort du donateur (orationis beneficium).

(*p*) L. 28, pr. de don. int. vir. (XXIV, 1) : « vel consumtum sit » (note *i*); L. 32, § 9, eod. (note *o*); L. 5, § 18; L. 7, pr. eod. (tous ces textes sont d'Ulpien ou de Paul). De même aussi L. 8, 17, C. eod. (V. 16).

lui-même donné l'argent qu'il avait reçu (*q*), ou l'a prêté à un débiteur insolvable (*r*). Tel était le droit nouveau, le droit moins rigoureux introduit par le décret du sénat (*s*). Les anciens jurisconsultes avaient sans doute posé des principes plus sévères relativement à l'application de la condiction, et les compilateurs ne devaient naturellement pas insérer ces textes dans le Digeste. On n'avait pas à s'occuper de la nature de l'action, car on avait voulu mitiger le rapport de droit lui-même; ainsi l'*actio ad exhibendum* et l'*actio Legis Aquiliæ*, qui, dans les cas énumérés plus haut, concouraient avec la condiction et pouvaient même aller plus loin, se trouvaient exclues comme la condiction par toute espèce de *consumtio*. Néanmoins, on voit encore dans certains textes du Digeste quelques traces de l'ancienne rigueur. Ainsi, quand l'époux a lui-même fait donation de l'argent reçu, Pomponius donne contre lui l'*actio ad exhibendum,* à cause du *dolus*

(*q*) L. 5, § 17, de don. int. vir. (XXIV, 1) : « ... si mulier acceptam a marito pecuniam in sportulas pro cognato suo ordini erogaverit... » Il en serait encore de même si, au lieu de la première donation, l'époux avait reçu un prêt pour faire la seconde, et ainsi économisé ses propres deniers, car tout cela était arbitraire. Cf. § 151, *g*.

(*r*) L. 16, de don. int. vir (XXIV, 1).

(*s*) L. 32, pr. de don. int. vir. (XXIV), 1) : « .... Imp. noster Antoninus.... auctor fuit Senatui censendi..... *ut aliquid laxaret ex juris rigore.* »

5.

quo minus possideret (*t*). Quand l'époux a dissipé volontairement la chose donnée, Julien donne contre lui l'*actio ad exhibendum* et l'*actio Legis Aquiliæ* (*u*). D'après les motifs que je viens de développer, on doit attribuer à une inadvertance l'insertion de ces deux textes, car ils sont

(*t*) L. 14, ad exhib. (X, 4) : « Si vir numos ab uxore sibi donatos sciens suos factos non esse pro re emta dederit, dolo malo fecit quo minus possideat : et ideo ad exhibendum actione tenetur. » La condiction atteint toujours la chose achetée, puisque le donataire eu profite. Pomponius suppose un cas où le donateur aime mieux réclamer l'argent, parce que la chose a été achetée trop cher. D'après le même principe, l'action devait être admise alors même que l'argent eût été dissipé ou donné. — Ces mots *sciens suos factos non esse* ne sont pas pris dans un sens restrictif et comme opposés à *ignorans*, car ici l'ignorance est impossible ; mais ils expriment le motif pour lequel la décision doit toujours être la même.

(*u*) L. 37, de don. int. vir. (XXIV, 1) : « Si mulier dolo fecerit, ne res exstaret sibi a marito donata : vel ad exhibendum, vel damni injuriarum cum ea agi poterit ; *maxime si post divortium id commiserit.* » Julien exige le *dolus*, car il faut cette supposition pour que les deux actions dont il parle soient toutes deux fondées. Dans le cas même d'une simple *culpa*, il y a lieu à l'action L. Aquiliæ, si, par exemple, l'esclave donné, en exécutant au péril de sa vie un ordre de la femme, vient à succomber. — La fin du texte est surtout remarquable, car elle nous montre clairement que les anciens jurisconsultes eux-mêmes étaient en doute sur la question de savoir si la volonté du propriétaire (l'époux donateur) n'excluait pas toute action et l'existence même d'un véritable *dolus*. Aussi Julien dit-il : Après la séparation, cela n'est pas douteux (*maxime* post divortium) ; car une continuation de bienveillance de la part du donateur n'est plus présumable depuis le fait de la séparation.

en contradiction formelle avec le sénatus-consulte. Cette contradiction aura échappé aux compilateurs, parce que ces textes ne parlent pas de la condiction, l'action la plus ordinaire en pareille circonstance, mais de deux actions employées beaucoup plus rarement.

Dans ces dispositions relatives à la chose donnée, on distingue aisément ce qui tient à la nature générale de la donation, et ce qui tient à la situation particulière des époux. Que la donation disparaisse avec toute ses conséquences, si la perte résulte de la volonté du donateur ou d'un événement fortuit, cela tient à la nature générale de la donation. Mais il a fallu la prescription positive du sénatus-consulte pour attribuer la même influence à l'aliénation volontaire ou à la disposition de la chose donnée. Non que la prescription du sénatus-consulte soit purement arbitraire, elle répond à de justes considérations sur la nature du mariage; mais sans l'intervention législative ce principe se serait placé difficilement au-dessus de toute controverse, bien qu'il n'eût pas échappé aux anciens jurisconsultes (note *u*).

§ CLI. — V. *Donation.* — *Définition,* III. *Enrichissement.* (Suite.)

Il me reste à parler des cas de la troisième espèce, ceux où le droit conféré par la donation

périt, mais est remplacé par un autre (§ 149). Alors le donataire continue de se trouver enrichi (*a*), et le caractère de la donation avec toutes les règles exposées plus haut s'attache au droit nouvellement acquis. Les applications suivantes mettront ce principe dans tout son jour.

Quand l'époux acquitte une dette avec l'argent donné, il continue sans aucun doute d'être enrichi, car ses biens sont accrus du montant de la dette acquittée (*b*).

S'il prête l'argent donné, cette nouvelle créance continue de l'enrichir. Mais sous cette nouvelle forme la donation peut être anéantie par l'insolvabilité du débiteur, et alors le donateur n'a plus rien à réclamer. Ce cas est assimilé à la perte accidentelle de la chose donnée originairement, tout au plus à la perte causée par la faute du donataire.

Si l'époux vend la chose donnée, le prix de la vente remplace la chose; de même que s'il emploie à une acquisition l'argent donné, cette acquisition continue de l'enrichir. Les développements dans lesquels je vais entrer sur ce second cas s'appliquent incontestablement au premier. — Si le donataire de 200 écus les a employés à l'achat d'une chose valant 300 écus, le donateur

(*a*) L. 32, § 9, de don. int. vir. (XXIV, 1). Cf. § 150, note *o*.
(*b*) L. 7, § 7; L. 50, pr. de don. int. vir. (XXIV, 1).

ne peut répéter que 200 écus, les seuls sortis de son patrimoine; les 100 écus de plus-value sont le fruit d'une heureuse spéculation. — Si la donation est de 300 écus et que la chose achetée vaille seulement 200 écus, le donateur ne peut répéter que cette dernière somme, les 100 écus de différence constituent une dissipation partielle qui ne donne lieu à aucune restitution (*c*).

Si la chose achetée vient à périr, d'après les principes posés au § 150, la répétition est inadmissible, soit que la perte résulte d'un cas fortuit ou de la volonté du donataire (*d*). Il en est de même si la chose achetée a été vendue et remplacée par une autre. Quelques jurisconsultes avaient pensé qu'après la seconde substitution la perte même arrivée par cas fortuit ne dispensait pas le donataire de la restitution; mais leur opinion a été rejetée (*e*). C'était encore là une fa-

(*c*) L. 7, § 3; L. 28, § 3, 4, de don. int. vir. (XXIV, 1); L. 9, C. eod. (V, 16).

(*d*) L. 28, § 3, de don. int. vir. (XXIV, 1) : « quemadmodum, si mortuus est, nihil peteretur. » L. 50, § 1, eod. Ce dernier texte est de Javolenus, et par conséquent antérieur au sénatus-consulte; aussi ne parle-t-il pas de la *consumtio*, mais d'une perte accidentelle. Depuis le sénatus-consulte, il n'est pas douteux que la *consumtio* de la chose achetée, comme celle de la chose donnée originairement, dispense de la restitution.

(*e*) L. 29, pr. de don. int. vir. (XXIV, 1) de Pomponius. D'après le temps où vivait Pomponius, cet adoucissement ne peut être attribué au sénatus-consulte, mais il se rapporte au même principe.

veur accordée aux donations entre époux, quoiqu'elle ne dût pas son origine au sénatus-consulte; en effet, partout ailleurs on décidait qu'après la première acquisition le donataire était définitivement enrichi, et cela quand même la chose achetée aurait péri par cas fortuit (*f*).

Néanmoins, malgré la perte de la chose achetée, le donataire continue d'être enrichi si la chose était tellement indispensable qu'à défaut de l'argent reçu le donataire aurait dû l'acheter de ses propres deniers, dont il a fait ainsi l'économie (*g*).

(*f*) L'*actio quod metus causa* est donnée contre l'héritier de celui qui s'est emparé d'une chose par violence, seulement *in id quod pervenit*. Mais si l'héritier est une fois en possession de la chose, la *consumtio* ne le dispense pas de restituer (L. 17, quod metus, IV, 2). Il est dispensé de restituer si la chose périt par accident, mais la chose originaire et non celle acquise en échange (L. 18, eod.). Les mêmes principes s'appliquent à celui qui possède une succession de bonne foi; il doit rendre seulement ce dont il a profité, et précisément dans les mêmes termes. L. 18, cit. — Cf. Meyerfeld, p. 11.

(*g*) L. 47, § 1, de solut. (XLVI, 3). Ici, il est vrai, il s'agit d'un pupille qui emploie un payement reçu à une acquisition, et le payement est valable jusqu'à concurrence de ce dont le pupille est *locupletior*; mais comme dans les deux cas *locupletior* s'entend absolument de même, ce texte peut aussi s'appliquer aux donations. Sur le sens de *necessaria res*, il faut voir L. 6, de alimentis (XXXIV, 1) : « cibaria et vestitus et habitatio.... quia sine his ali corpus non potest, » et L. 65, § 6, de cond. ind. (XII, 6) : « .... si consumsit frumentum, pretium repetet, » et cela même indépendamment du *dolus*, qui ordinaire-

L'application de toutes ces règles suppose qu'il y a identité entre la chose donnée et la chose perdue ou échangée. Cette identité est facile à établir quand il s'agit d'une chose individuelle, une maison, un cheval, une œuvre d'art; mais plus difficile quand il s'agit d'une chose générique, surtout d'argent monnayé. Si les espèces mêmes données ont été volées ou dissipées, l'identité n'est pas douteuse; mais cela ne peut guère se prouver que quand la perte a suivi de près la donation (*h*). L'identité peut en outre

ment est une condition exigée (L. 65, § 8, eod. Cf. § 150, m.), parce que le pain est un aliment indispensable. La L. 31, § 9, de don. int. vir. (XXIV, 1), oppose aux choses nécessaires les *opsonia* et *unguenta* qui sont des objets de luxe, mais qui ne sont pas réputés rendre la femme *locupletior,* parce que le mari est tenu de pourvoir à son entretien personnel sans distinction entre les choses nécessaires et les objets de luxe. Quant aux *cibaria familiæ et jumentorum,* on distingue : s'ils sont attachés au service de la maison commune, le mari doit les entretenir, et l'argent que le mari donne à la femme à cet effet ne rend pas celle-ci *locupletior;* il en est autrement si les esclaves ou les animaux sont attachés à un bien rural de la femme, ou employés pour son commerce. L. 31, § 9, 10; L. 58, § 1, eod. — Au premier abord, il semble inconséquent de voir l'argent fourni pour une dépense considéré tantôt comme bénéfice permanent, tantôt comme avantage passager; mais ces diverses décisions reposent toutes sur le principe suivant : l'argent donné constitue un bénéfice pour le donataire s'il a servi à une dépense indispensable, telle que l'habitation ou les aliments, mais non s'il a servi à une dépense arbitraire, telle que l'érection d'un tombeau ou des *sportulæ* données pour un parent. Cf. § 146 b, et § 150, c. q.

(*h*) Les sources du droit supposent souvent des cas semblables :

résulter de circonstances particulières; si, par exemple, le mari ayant donné à sa femme une somme d'argent pour acheter des parfums, la femme emploie cet argent à acquitter une dette, et ensuite achète des parfums pour la même somme, elle ne se trouve pas enrichie, car l'intention du mari rapprochée du résultat définitif établit l'identité (*i*). Si au contraire la femme encaisse une somme d'argent sans but déterminé, et que plus tard elle donne ou dissipe une pareille somme, il n'y a plus identité entre l'argent reçu et l'argent aliéné; le versement dans la caisse de la femme constitue un accroissement de richesse définitif, et le mari peut toujours en répéter le montant.

Jusqu'ici j'ai considéré la perte de la chose donnée par rapport aux donations entre époux, car ce sont les seuls cas dont parlent directement les sources; il me reste à faire l'application de ces principes à l'insinuation et à la révocation pour causes déterminées; par exemple, l'ingratitude.

Quand la perte résulte de la volonté du donateur ou d'un événement fortuit, le donateur n'a plus rien à réclamer. Si donc 800 ducats ont été donnés sans insinuation, et qu'ils soient enlevés

par exemple, les L. 5, § 17; L. 7, § 3, de don. int. vir. (XXIV, 1).

(*i*) L. 7, § 1, de don. int. vir. (XXIV, 1).

au donataire par des voleurs de grand chemin, celui-ci n'est tenu à aucune restitution.

Quand la chose a été consommée, on doit faire une distinction. S'il y a eu une donation de 800 ducats sans insinuation, et que le donataire ait lui-même donné ou dissipé ces 800 ducats, le donateur peut, d'après la rigueur des principes, répéter 300 ducats, et il peut choisir entre la condiction, l'*actio ad exhibendum* et la revendication, car le donataire détient injustement la chose d'autrui, 300 ducats, et dès lors il est considéré comme un possesseur fictif (*k*). Si une maison valant 2,000 ducats a été donnée sans insinuation, et si le donataire l'ayant laissé incendier par imprudence, il ne reste plus qu'un terrain d'une valeur de 200 ducats, d'après la rigueur des principes le donateur aurait toujours pu répéter 1,500 ducats en vertu de l'*actio legis Aquiliæ* (*l*). Dans le cas d'une donation prohibée entre époux, le donataire eût été alors protégé par le sénatus-consulte, qui, à la vérité, s'occupe spécialement du mariage, et non de l'insinuation (§ 150). Néanmoins je pense que cette protec-

(*k*) Voy. § 150, notes *l*, *m*, *t*, *u*.

(*l*) Cf. § 150, *u*. — En effet, la donation avait créé une propriété indivise, dont les trois quarts demeuraient au donateur. Mais la destruction d'une propriété indivise donne aussi lieu à l'*actio L. Aquiliæ* pour la portion qui ne nous appartient pas. L. 19, 20, ad L. Aquil. (IX, 2).

tion équitable doit aussi s'étendre à l'insinuation. D'abord en droit Justinien les principes de la donation, soigneusement posés au sujet de la prohibition entre époux, ne sont reproduits nulle part au sujet de l'insinuation, sans doute dans la supposition que ces développements scientifiques s'appliquent à l'insinuation. Il y a en outre une grave considération indépendante du sénatus-consulte, et qui même a pu le motiver : la persistance de la volonté du donateur justifie la dissipation du donataire; par là se trouve exclu le *dolus*, et partant la condiction (§ 150). Ce motif, puisé dans la nature même des choses, s'applique aussi bien à l'omission de l'insinuation qu'à la prohibition entre époux.

Il est encore plus évident que cette protection équitable couvre la dissipation du donataire en cas de révocation pour cause d'ingratitude. Avant l'acte d'ingratitude, le donataire était non-seulement possesseur de bonne foi, mais propriétaire de la chose donnée; il ne peut donc être tenu de remplacer ce qu'alors il a laissé périr ou dissipé. Si la dissipation est postérieure à l'acte d'ingratitude, le donateur peut, au moyen de la condiction, se faire restituer la valeur de la chose; mais il n'a pas les autres actions, car elles ne s'exercent que contre le détenteur de la chose d'autrui, et tel n'est pas le donataire, même après l'acte d'ingratitude.

Si le donataire a échangé la chose, il doit, dans le cas du défaut d'insinuation, rendre la portion illégalement donnée dont il se trouve encore enrichi, mais il ne doit rien pour la diminution de valeur résultant de l'échange. Si donc il a vendu 1,000 ducats une maison qui en valait 2,000, il est seulement tenu de restituer 500 ducats, parce que les 1,000 ducats compris dans la donation originaire ne font plus partie de ses biens. — Ainsi encore le donataire ingrat doit restituer ce dont il se trouve enrichi, quelle que soit l'époque de l'échange (*m*); mais il ne doit d'indemnité pour une vente désavantageuse que si la vente est postérieure à l'ingratitude, car seulement alors il a cessé d'être de bonne foi.

Quand, par suite du défaut d'insinuation ou d'ingratitude commise, il y a lieu d'examiner si le donataire se trouve encore enrichi après l'échange, on doit, par les motifs développés plus

(*m*) La L. 7, C. de revoc. don. (VIII, 55), pourrait faire naître des doutes. Cette loi porte que, si, avant la demande en révocation, le donataire donne ou vend la chose donnée, il n'y a plus lieu à restitution, et l'on pourrait étendre cette décision au prix de la vente. Mais il s'agit évidemment ici de la revendication de la chose elle-même vis-à-vis du tiers acquéreur; cela résulte d'abord de l'assimilation de la donation à la vente, et de l'époque fixée par la loi, la demande en revendication et non pas l'ingratitude. L'introduction de la demande rendait la chose *litigiosa*, et partant inaliénable; mais dans aucun cas le donataire n'était dispensé de restituer le prix de la vente.

haut, lui accorder la faveur spéciale dont jouissent les époux en semblable circonstance (note *f*); car elle se rattache à la détermination scientifique de la donation véritable.

§ CLII. — V. *Donation.* — *Définition*, VI. *Intention d'enrichir.*

L'aliénation et l'enrichissement qui en résulte ne suffisent pas pour constituer une donation, il faut encore l'intention d'enrichir, dernière circonstance qui complète la définition de la donation. Les Romains emploient pour désigner cette intention les expressions de *donandi* ou *donationis causa, donandi animo*, etc. Il est indispensable que le donateur veuille enrichir le donataire; presque toujours celui-ci veut être enrichi; mais on verra plus bas (§ 160) que cette volonté du donataire n'est pas absolument exigée.

Ainsi donc, sans l'intention d'enrichir il n'y a pas de donation, quand même tous les autres éléments de la donation se trouveraient réunis. Pour rendre la chose sensible, il faut énumérer les cas où l'enrichissement existe sans l'intention d'enrichir, ce qui peut arriver de deux manières. L'aliénation ou l'enrichissement s'opère à l'insu des parties, ou bien elles en ont connais-

sances; mais le but qu'on se propose exclut l'intention d'enrichir.

L'aliénation même peut s'opérer à l'insu des parties; c'est ce qui arrive presque toujours en matière d'usucapion et de prescription. L'un s'appauvrit, l'autre s'enrichit, mais sans le savoir; et comme le premier n'a pas l'intention de gratifier son adversaire, ce changement opéré dans leurs biens ne constitue pas une donation. Néanmoins je montrerai plus bas (§ 155) qu'il y a des exceptions à cette règle.

Plus souvent il arrive que l'on connaît l'aliénation, mais non l'enrichissement. Quand celui qui transfère un droit croit faussement y être obligé, il ignore qu'il enrichit l'autre partie. Dans la règle, un pareil acte donne lieu à la *condictio indebiti;* la donation n'existe que quand on paye sciemment ce qu'on ne doit pas (§ 149). — Celui qui achète une chose trop cher ou la vend trop bon marché, parce qu'il en ignore la valeur, enrichit le vendeur ou l'acheteur sans le savoir et sans le vouloir; aussi n'y a-t-il pas là de donation, et cela dans tous les cas, soit que l'autre partie connût ou ignorât la valeur de la chose (*a*).

(*a*) Il n'en est pas de même si quelqu'un achète sciemment 5,000 fr. un immeuble qui n'en vaut que 3,000, afin de procurer au vendeur un bénéfice de 2,000 fr. Il y a là une véritable donation de 2,000 fr., un *negotium mixtum cum donatione* dont

On peut aussi s'appauvrir et enrichir un autre sciemment, mais dans un but spécial qui exclut nécessairement l'intention d'enrichir. Néanmoins il ne s'agit pas ici d'incompatibilité absolue, mais plutôt de disproportion entre le but spécial et l'intention d'enrichir; l'un est dominant, l'autre n'est que secondaire. L'enrichissement apparaît alors comme une suite nécessaire de l'acte juridique, non comme sa cause déterminante; car, indépendamment de cette circonstance, l'acte n'en aurait pas moins eu lieu. En pareil cas il n'y a point de donation, tel est le principe général posé par les jurisconsultes romains; et s'ils ne l'expriment qu'au sujet des donations entre époux, cela n'empêche pas le principe d'être inhérent à la nature même de la donation (*b*). En voici quelques applications importantes :

je parlerai plus bas (§ 154). Ordinairement le vendeur sait à quoi s'en tenir; mais ce n'est pas là une condition indispensable; le vendeur peut se tromper sur la valeur de la chose ou croire qu'il profite de l'ignorance de l'acheteur, tandis que celui-ci veut faire une donation indirecte qui, proposée ouvertement, eût été refusée par orgueil ou par bizarrerie; mais la donation n'en est pas moins réelle (§ 160).

(*b*) L. 5, § 2, de don. int. vir. (XXIV, 1) : «.... quod si aliarum extrinsecus rerum personarumve causa commixta sit, si separari non potest, nec donationem inpediri : si separari possit, cetera valere, id quod donatum sit non valere. » *Impediri, valere, non valere*, se rapportent à la prohibition des donations entre époux. Ici, le principe est que si les intentions des époux sont indivi-

Celui qui achète sciemment une chose au-dessus de sa valeur parce qu'elle lui est indispensable, ou qui la vend au-dessous de sa valeur parce qu'il a besoin d'argent et ne peut s'en procurer autrement, celui-là, dis-je, n'ignore pas le bénéfice, qu'il procure ; mais, loin de le vouloir, il n'en ferait rien s'il pouvait. Il se résigne à cette perte comme à un mal nécessaire, et le but qu'il poursuit lui est tout personnel. Voilà pourquoi un semblable marché ne constitue jamais une donation.

Celui qui, par une transaction, abandonne en connaissance de cause une partie de ses droits, ne fait pas une donation, car il veut éviter la dépense et l'incertitude d'un procès, nullement gratifier son adversaire (§ 158, *e*). — L'accord que font des créanciers avec un débiteur insolvable présente ordinairement le même caractère; néanmoins les créanciers peuvent quelquefois avoir réellement l'intention de donner; c'est alors une question de fait dont l'appréciation dépend des circonstances.

Il est des cas où l'enrichissement apparaît comme une suite accidentelle mais immanquable des rapports de famille. Quand un acte juridique vient modifier ces rapports, cette modification

sibles, la transaction entière est valable; que si elles sont divisibles, la partie contenant donation est nulle (note *a*). Les exemples que j'énumère dans le texte confirment et expliquent ce principe.

est le but principal des parties; l'enrichissement est une circonstance secondaire; aussi, quoique réel, n'est-il jamais regardé comme donation.

Quand donc un époux partage gratuitement avec son conjoint l'usage d'une maison ou d'un autre bien, ce partage qui, entre étrangers, pourrait constituer une donation (§ 146), n'en est pas une entre époux, car il résulte nécessairement de la vie commune, et il aurait toujours lieu quand même l'autre conjoint n'en retirerait aucun avantage pécuniaire (*c*).

La dot qu'une femme apporte à son mari n'est jamais une donation. Ordinairement le mari en consacre les revenus à l'entretien de la femme, et dès lors il ne se trouve pas enrichi (§ 149); d'ailleurs, la femme y est obligée *naturaliter* (§ 149, *b*, *c*). Mais indépendamment de ces motifs il suffirait de celui énoncé plus haut. Supposons en effet deux époux vivant d'aumônes; la femme recueille un riche héritage et le donne en dot à son mari; ce dernier se trouve certainement

(*c*) L. 18; L. 28, § 2; L. 31, § 1, de don. int. vir. (XXIV, 1). Quand la femme habite gratuitement la maison du mari, cela n'a pas même l'apparence d'une donation, puisque le mari doit pourvoir à tous les besoins de la femme. Il en est autrement dans le cas inverse, puisque le mari profite du loyer qu'il ne paye pas. Mais une maison est, de sa nature, destinée à être habitée, et si le mari y demeure avec la femme, cela est une conséquence de la vie commune.

enrichi, puisque désormais il jouit d'une fortune indépendante. Néanmoins ce n'est pas là une donation prohibée entre époux, car cette jouissance résulte nécessairement de la vie commune qui est de l'essence du mariage.

Quand le mari pourvoit aux dépenses de la femme avec une générosité qui dépasse ses besoins, cette prodigalité ne constitue pas une donation prohibée et sujette à révocation (*d*); car l'entretien de la femme par le mari est une des conditions essentielles du mariage (*e*), et la fixation de la dépense est entièrement abandonnée au mari comme chef de la communauté.

Le père en émancipant son fils renonce au droit d'usufruit qu'il avait sur la moitié des biens de son fils (*f*). Celui-ci se trouve enrichi de cette portion d'usufruit; néanmoins il n'y a pas là de donation, car le père se propose avant

(*d*) L. 21, pr.; L. 15, pr.; L. 31, § 8, 9, 10 de don. int. vir. (XXIV, 1). Depuis le sénatus-consulte de l'an 206 (§ 150), la *consumtio* excluait déjà la répétition, et le principe ici posé a sans doute été reconnu de tout temps. Mais quand le mari donne à la femme de l'argent comptant, par exemple la somme nécessaire à son entretien d'une année, cela constitue une donation prohibée, et la somme peut être répétée à moins qu'elle n'ait été consommée. L. 33, pr.; L. 15, pr., de don. int. vir. (XXIV, 1); L. 22, in f. de pactis dot. (XXIII, 4).

(*e*) L. 56, § 2, de j. dot. (XXIII, 3).

(*f*) L. 6, § 3, C. de bon. quæ lib. (VI, 61); § 2, J. per quas pers. (II, 9).

tout de changer l'état personnel de son fils, et l'enrichissement n'est qu'une conséquence secondaire de l'émancipation.

Enfin il est des cas où le motif déterminant de l'acte est un sentiment de piété envers la personne enrichie ou envers un tiers ; l'enrichissement n'est alors qu'une conséquence secondaire, et l'acte ne saurait valoir comme donation.

Quand un héritier testamentaire acquitte en totalité un legs ou un fidéicommis sans retenir la quarte falcidie ou l'indemnité fixée par le testament pour tenir lieu de la falcidie, le résultat de cette détermination est d'enrichir celui qui recueille le legs ou le fidéicommis. Mais si l'héritier n'agit ainsi que par respect pour la volonté du testateur, cet acte ne vaut pas comme donation, et dès lors il est permis entre époux ; dans la règle l'intention pieuse est toujours présumée (*g*). Si l'acte émane d'un débiteur insolvable,

(*g*) L. 5, § 15, de don. int. vir. (XXIV, 1). On pourrait considérer ce texte comme une prescription absolue ; mais, en fait, ce n'est qu'une interprétation de volonté présumée, comme le prouvent ces expressions « *magis* videri, » et « habet rationem *magis* in eo. » Ainsi, par exemple, quand un héritier par amitié pour un des légataires lui fait remise du prélèvement qu'il exige des autres, cette remise est regardée comme une donation, et non comme un témoignage de respect pour la volonté du testateur. — Le texte que je viens de citer paraît en contradiction avec la L. 67, § 3, ad Sc. Trebell. (XXXVI, 1), où il est dit qu'un héritier agit *donationis causa*, quand, afin de favoriser l'appelé en vertu

la *Pauliana* devient inadmissible, car l'intention louable présumée exclut la mauvaise foi, qui seule donne lieu à l'exercice de cette action (*h*).

Celui qui nourrit et élève un enfant étranger enrichit le père dont il remplit l'obligation, ou l'enfant lui-même s'il est orphelin et propriétaire. Mais s'il n'agit que par humanité pour l'enfant, surtout dans le cas de parenté, il n'y a point là de donation. Dès lors la formalité de l'insinuation n'est pas nécessaire; le bienfait peut émaner d'un aïeul maternel (*i*), et il n'y a lieu à aucune répétition pour cause d'ingratitude soit du père, soit de l'enfant (*k*). La recherche de l'intention véritable est une question de fait. Or, trois mo-

d'un fidéicommis, il déclare la succession suspecte et la restitue sans prélèvement. En effet, il n'y a pas ici donation véritable, mais donation improprement dite, et le jurisconsulte ne fait qu'opposer ce cas où l'héritier croit réellement la succession suspecte et la répudie sans aucune vue de favoriser un autre héritier. La L. 67 nous offre encore moins que la L. 5 une donation véritable, car dans l'espèce de la L. 5 il y a renonciation volontaire à un droit acquis, tandis que dans la L. 67 il y a seulement abandon d'un droit offert. Cf. § 145, *r*.

(*h*) L. 19, 20, quæ in fraud. (XLII, 8).

(*i*) En effet, l'aïeul maternel sous la puissance duquel se trouve la mère ne peut donner au père de l'enfant, car cela équivaudrait à une donation faite par la femme à son mari. L. 3, § 6; L. 32, § 16, de don. int. vir. (XXIV, 1).

(*k*) Cela peut sembler extraordinaire, car l'éducation est toujours un grand bienfait; mais si celui qui a donné l'éducation n'a pas pensé à une somme d'argent, plus tard il ne peut se faire de sa charité un titre pour exercer une réclamation pécuniaire.

tifs différents peuvent avoir déterminé le bienfaiteur. D'abord le sentiment d'humanité dont je viens de parler (*pietas*), puis une *negotiorum gestio*, d'où résulte une action contre celui qui, ayant l'obligation d'élever l'enfant, en économise la dépense; enfin la volonté de faire une donation : ce qui ne donne pas lieu à une action, mais à l'application des règles du droit positif sur les donations. Les textes du droit romain, relatifs à ce sujet, n'établissent d'alternative qu'entre la *pietas* et la *negotiorum gestio* (*l*), et ils ajoutent que cette question doit se décider d'après l'examen des faits. Mais le *pietatis respectus*, une fois établi par les circonstances de l'espèce, exclut aussi bien la donation proprement dite que la *negotiorum gestio*. L'intention d'une donation véritable peut aussi résulter des circonstances (*m*); cela est évident, quoique les textes cités (note *l*) ne se trouvent pas avoir parlé de la donation.

(*l*) L. 34; L. 27, § 1, de neg. gestis (III, 5); L. 15, 11, 13, C. eod. (II, 19).

(*m*) Si, par exemple, un homme riche, au lieu d'entretenir chez lui quelques enfants d'une famille pauvre et nombreuse, paye leur pension chez un tiers, cela équivant à une donation d'argent en faveur du père. Les restrictions positives des donations ne peuvent avoir ici une grande importance, et cela nous explique pourquoi le droit romain n'a pas prévu cette espèce de cas.

§ CLIII. — V. *Donation. — Définition*, IV. *Intention d'enrichir*. (Suite.) *Donation rémunératoire*.

J'ai dit que la donation était incompatible avec toute autre intention que celle d'enrichir. Mais cela demande une explication. Ainsi il ne faudrait pas croire que la donation doive être nécessairement dictée par un sentiment de pure bienveillance, et qu'elle soit exclue par le mélange d'un autre motif, surtout d'un motif intéressé. Dès que l'intention d'enrichir existe réellement, on ne s'occupe pas du but plus éloigné que peut se proposer le donateur. Ordinairement l'acte aura pour mobile une bienveillance désintéressée, qui peut se montrer sous les traits de la commisération, de la générosité ou de la reconnaissance. Mais quand même cette bienveillance couvrirait des vues égoïstes, la donation n'en subsisterait pas moins. En effet, le donateur peut espérer que son bienfait lui vaudra par la suite de plus grands avantages ; il peut n'agir que par ostentation, afin de se faire une réputation de richesse et de générosité. Dans tous les cas il y a donation véritable, car le donateur a eu l'intention directe d'enrichir le donataire, tout en poursuivant un but plus éloigné. L'état des choses était bien différent dans les exemples cités § 152.

En payant au-dessus de sa valeur une maison qui lui est indispensable, l'acheteur ne consent à enrichir le vendeur que par nécessité; il aimerait beaucoup mieux payer l'immeuble à sa valeur. Le père qui, en émancipant son fils, renonce à la moitié de son usufruit, ne s'aperçoit peut-être pas de ce résultat, ou il n'en tient aucun compte. Dans l'un et l'autre cas, l'enrichissement n'est pas le but qu'on se propose: aussi n'y a-t-il pas de donation.

En général, on reconnaît que la poursuite d'un but plus éloigné n'empêche pas l'existence de la donation et l'application des règles du droit positif. Il y a néanmoins un cas où la question est controversée, quoique le but ultérieur n'ait pas un caractère intéressé, mais soit un témoignage de reconnaissance, c'est ce que l'on appelle donation rémunératoire. Ici se présentent deux opinions extrêmes diamétralement opposées. Les uns prétendent que la donation rémunératoire est une donation pure et simple, et comme telle soumise à l'application des règles positives. Les autres prétendent que ce n'est nullement une donation, mais un acte onéreux ; d'où il résulterait qu'elle n'est pas soumise à l'insinuation, qu'elle est toujours permise entre époux, et qu'elle n'est jamais révocable pour causes déterminées, par exemple pour cause d'ingratitude. D'autres suivent un système intermédaire, soit en n'admet-

tant que dans certains cas l'existence de la donation, soit en n'admettant qu'une application partielle des règles positives (*a*).

En principe nous devons préférer la première opinion qui voit dans la donation rémunératoire une donation pure et simple (*b*). Si en effet des vues, même intéressées, n'excluent pas l'existence de la donation, pourquoi la reconnaissance aurait-elle ce privilége? — Si nous examinons la nature des règles positives, la donation rémunératoire prête, aussi bien que toute autre, à une prodigalité irréfléchie, contre laquelle l'insinuation doit prémunir. Cette espèce de donation ne doit pas non plus échapper à la prohibition entre époux. En effet, un mariage conforme à sa fin n'étant qu'un échange continuel d'amour et de fidélité, toute donation pourrait s'appeler rémunératoire, et la prohibition se trouverait éludée. — Ensuite l'existence de la reconnaissance comme motif de la donation est un fait aussi vague que difficile à constater; il faudrait de plus dans ce

(*a*) Ainsi, par exemple, Mühlenbruch, § 445, établit que les donations rémunératoires ne sont pas susceptibles de révocation pour cause d'ingratitude, mais qu'elles doivent être insinuées et sont prohibées entre époux.

(*b*) Cette opinion est celle de Meyerfeld, I, § 19, et de Marezoll, Zeitschrift für Civilrecht und Prozesz, I, p. 30; néanmoins, celui-ci s'accorde en dernier résultat avec Mühlenbruch, car comme lui il établit, p. 36, qu'il n'y a pas lieu à révocation pour cause d'ingratitude.

système établir une échelle de proportion entre la reconnaissance et le service rendu, ce qui est tout à fait impossible. — Voici enfin un dernier argument qui semble décisif. Si l'on nie l'existence de la donation, il faut nécessairement admettre un *datum ob causam*. Dès lors, en cas d'erreur, il y a lieu à restitution, en vertu d'une condiction ordinaire. La condiction devrait avoir lieu également quand la chose a été donnée en vue d'un événement futur, par exemple afin d'obtenir un présent ou la bienveillance d'une personne, et que cet espoir a été trompé; or, en pareil cas, la condiction est formellement déniée (*c*). Elle l'est aussi quand la donation rémunératoire a pour motif une croyance erronée (*d*). De tout cela il résulte que dans ces deux cas le droit romain ne voit pas un *datum ob causam*, mais une donation véritable, car il n'y a d'alternative possible qu'entre ces deux espèces d'actes juridiques.

Le rapprochement de divers textes vient confirmer et en partie restreindre ce principe.

Le texte où se trouve la mention la plus générale de la rémunération se rapporte au cas où un créancier libère une caution par voie d'acceptilation, et cela sous forme de donation. Cet acte

(*c*) L. 3, § 7, de cond. causa data (XII, 4).

(*d*) L. 65, § 2, de cond. ind. (XII, 6). Cf. Appendice VIII, num. X, note *d*.

libère évidemment le débiteur principal (*e*), mais il peut avoir différentes significations. Ou bien le créancier veut enrichir de la somme remise le débiteur principal, et alors la caution se voit seulement libérée de l'obligation éventuelle de payer en cas d'insolvabilité du débiteur principal ; ou bien il veut enrichir la caution : alors on suppose la dette payée comptant, et la caution acquiert contre le débiteur principal une *actio mandati* pour le montant de la dette. Maintenant laquelle de ces interprétations faut-il admettre quand le créancier ne s'est pas clairement expliqué? D'après Ulpien (*f*), il faut admettre la seconde, si le créancier a voulu rémunérer la caution (*si fidejussorem remunerari voluit creditor*); la première, si la remise résulte d'une détermination spontanée (*non remunerandi causa, sed principaliter donando*). Ulpien veut dire évidemment qu'il s'agit de déterminer celui que

(*e*) L. 13, § 7; L. 16, § 1, de acceptil. (XLVI, 4).

(*f*) L. 10, § 13; L. 12, mandati (XVII, 1) : « Si fidejussori donationis causa acceptum factum sit a creditore, puto si fidejussorem remunerari voluit creditor, habere eum mandati actionem. Multo magis, si mortis causa accepto tulisset creditor, vel si eam liberationem legavit. — Si vero non remunerandi causa, sed principaliter donando, fidejussori remisit actionem, mandati eum non acturum. » — Si dans ce texte la renonciation à la caution en général, et même dans le dernier cas, est appelée *donatio*, cette expression a le sens impropre dont nous avons déjà vu tant d'exemples, car il n'y a pas ici donation proprement dite, véritable *donatio* (§ 158).

le créancier a voulu gratifier, et, à titre d'exemple, il cite la rémunération; mais, loin d'attacher à cette circonstance une importance exclusive, lui-même en cite encore d'autres et de plus décisives. Il ne dit pas non plus que dans le cas de rémunération il n'y a pas de donation véritable. D'après l'esprit de ce texte, il faut même décider que l'insinuation est nécessaire dans le cas de rémunération, et que l'acte tout entier est nul si la créance appartient à une femme, et si la caution gratifiée de la somme *remunerando* se trouve être son mari.

Si la chose faisant l'objet de la rémunération est elle-même une donation, il y a alors deux donations véritables, toutes deux soumises à l'application des règles positives. Si donc quelqu'un donne 1,000 ducats avec insinuation, et plus tard reçoit du donataire un immeuble d'égale valeur, mais sans insinuation, cette seconde donation est nulle pour moitié. Si, antérieurement au mariage (*g*), une femme reçoit une donation de son mari, et lui en fait une pendant le mariage; de ces deux donations la première est valable et la seconde est nulle. Dans les cas que

(*g*) Je dis avant le mariage, car si les deux donations sont postérieures au mariage, il y a lieu à une compensation spéciale qui, depuis le sénatus-consulte de l'an 206, est devenue féconde en résultats importants, par suite du principe sur la consommation. L. 7, § 2; L. 32, § 9, de don. int. vir. (XXIV, 1).

je viens de citer, la première donation n'influe nullement sur la seconde, et ne lui ôte aucun des caractères d'une donation véritable. On a cru que cette doctrine était en contradiction avec la disposition suivante du droit romain (*h*). Celui qui possède de bonne foi une succession doit seulement restituer la portion de bien dont il se trouve encore enrichi. S'il a donné une chose dépendant de la succession, il peut en fait attendre un présent du donataire, mais en droit il ne se trouve pas plus riche (*i*). Ce présent une fois reçu peut être considéré comme un bénéfice provenant de la succession, car il y a eu entre les parties une espèce d'échange (*k*). — Mais

(*h*) L. 25, § 11, de her. pet. (V, 3) d'Ulpien. Cf. Meyerfeld, I, p. 369, sq.

(*i*) « nec, si donaverint, locupletiores facti videbuntur, quamvis ad remunerandum sibi aliquem *naturaliter obligaverint.* » Évidemment il ne s'agit pas ici d'une *naturalis obligatio* juridique, mais d'une obligation fondée sur les mœurs, les convenances, la délicatesse, et qu'on ne peut ramener à aucune règle, car elle tient à des circonstances purement accidentelles. Cf. Meyerfeld, I, p. 376. — De même, nous voyons dans la L. 54, § 1, de furtis (XLVII, 2) : « Species... lucri est... *beneficii debitorem* sibi adquirere : » ici encore, *debitor* ne doit pas se prendre dans un sens juridique.

(*k*) « *velut genus quoddam* hoc esset permutationis ; » il est difficile de prendre plus de précautions, afin d'indiquer une simple ressemblance. Ulpien ne pensait nullement à une véritable *permutatio*, à un *negotium ;* il voulait seulement dire que ces dons réciproques avaient de l'analogie avec l'échange, et que d'après cette analogie on ne faisait aucun tort au possesseur de l'hérédité

ce texte traite uniquement des prestations que doit le possesseur d'une succession, et nullement des caractères d'une donation véritable ou de l'application des règles positives. Ces mots *naturaliter obligare* et *genus quoddam permutationis*, dont se sert Ulpien afin de rendre la chose plus évidente, ne sont pas pris dans leur signification rigoureuse, mais comme termes de comparaison, et le jurisconsulte ne songe pas à mettre en doute la réalité de l'une ou de l'autre donation.

Néanmoins, la nature particulière du service qui motive la donation rémunératoire peut soulever une difficulté plus sérieuse. S'il s'agit de travaux que l'on a coutume de rétribuer en argent, de travaux purement mécaniques, mais exécutés sans aucune promesse de salaire, le donateur peut se proposer deux buts très-différents. Il peut considérer les travaux comme un témoignage d'une bienveillance désintéressée, et reconnaître volontairement cette bienveillance par un présent; il y a alors une donation véritable soumise à l'application des règles positives. Il peut envisager la chose comme un contrat tacite, sans fixation de salaire, pour des travaux à exécuter, et alors le présent est destiné à acquitter

en lui imputant comme gain de succession le présent qu'il avait reçu en échange. Ulpien ne pensait certainement pas que le premier présent donnât lieu à une *actio præscriptis verbis*.

une dette ; intention qui exclut la donation et toutes ses conséquences (§ 149). Ici il s'agit uniquement d'une question de fait, d'une interprétation de volonté ; mais, dans aucune des deux hypothèses, nous ne trouvons une donation rémunératoire différente de la donation ordinaire. Telle est aussi l'explication fort simple d'un texte de Papinien (*l*), qui, mal interprété, a beaucoup contribué à établir de fausses idées sur la donation rémunératoire. Aquilius Régulus avait, par une lettre, donné l'habitation au rhéteur Nicostratus (*dono et permitto tibi*), parce que Nicostratus avait toujours vécu auprès du père de Régulus et avait fait l'éducation de Régulus lui-même. Après la mort de Régulus, un débat s'éleva sur la nature de la donation. On pouvait croire qu'il s'agissait d'un simple précaire, non d'une donation faite pour toute la vie du donataire, et dès lors obligatoire pour l'avenir. D'ailleurs, une semblable donation eût été nulle aux termes de la *lex Cincia* (*m*). Or, Papi-

(*l*). L. 27, de don. (XXXIX, 5).

(*m*) A cause du défaut de mancipation. Cf. Zeitschrift f. gesch. Rechtsw. (IV, 46). Aussi la L. 32, de don. (XXXIX, 5), décide-t-elle autrement dans un cas tout à fait semblable ; mais on avait l'intention de faire une donation véritable. — Si dans ces deux textes on met en question l'obligation de l'héritier du premier donateur, cela tient aux circonstances particulières des espèces. Vis-à-vis du premier donateur la décision eût été la même ; mais lui persistant dans ses intentions bienveillantes, la question

nien dit que ce n'est pas là une donation proprement dite, mais le payement d'anciens services (*n*). La *lex Cincia* devenait dès lors inapplicable, et si l'*usus* de l'habitation se trouvait constitué sans formes solennelles, les voies de droit ne manquaient pas pour donner à cet acte force obligatoire (*o*).

Voici enfin un cas analogue, mais sur lequel nous avons une disposition formelle; je veux parler de la donation faite à celui qui nous a sauvé la vie. Ce cas diffère du précédent en ce qu'un pareil service ne peut s'assimiler au travail

sur la validité du droit ne devait naturellement s'élever qu'après sa mort.

(*n*) « dixi posse defendi, non meram donationem esse : verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum. » C'est-à-dire : Régulus considérait ce droit d'habitation comme un supplément d'appointements accordé à son ancien précepteur, non comme une donation à laquelle la L. Cincia pouvait mettre obstacle; et voilà tout ce que dit Papinien; bien moins encore comme un simple précaire révocable à la volonté du donateur. — Ces mots *non mera donatio* ne désignent pas, comme on serait tenté de le croire, un *negotium mixtum cum donatione* (L. 18, pr. eod.); ils expriment la négation d'une donation véritable que l'on aurait pu induire du mot *dono* employé dans la lettre.

(*o*) Pour consituer un véritable *usus*, il fallait une *in jure cessio*. Mais le *traditus usus* dont il est ici question était protégé par des actions, notamment par la *publiciana confessoria* (L. 11, § 1, de public., VI, 2, de S. P. R., VIII, 3), et aussi par les interdits possessoires (Savigny, Besitz, § 45). Papinien ne parle que de l'interdit comme suffisant dans la pratique, et comme la voie la plus directe à employer.

d'un artisan pour lequel un salaire aurait été convenu d'avance, et dès lors il y a donation véritable. Mais le service ne pouvant se comparer à aucun autre, on a cru qu'il fallait dispenser la donation de toutes restrictions, et qu'en semblable circonstance on n'avait pas à craindre une prodigalité irréfléchie. Cette exception a été faite effectivement, et elle est consignée dans un texte de Paul, dont nous avons deux rédactions différentes :

PAULUS, V, II, § 6.	L. 34, § 1, DE DON. (XXXIX,5), D'APRÈS PAULUS, LIB. V SENT.
Ei qui aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, in infinitum donare non prohibemur; si tamen donatio et non merces eximii laboris appellanda est; quia contemplationem (al. *contemplatione*) salutis certo modo æstimari non placuit.	Si quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, et aliquid pro eo ab ipso accipiat : hæc donatio irrevocabilis est : non merces eximii laboris (*p*) appellanda est : quod contemplatione (*q*) salutis certo modo æstimari non placuit.

Voilà le sens que présente ce texte dans l'une et l'autre rédaction. Ce que l'on donne à celui

(*p*) Le texte du manuscrit de Florence ne présente pas de sens. D'après la rédaction du Paulus visigoth, la pensée n'est pas douteuse, et les rédacteurs du Digeste n'avaient pas à la changer. On pourrait corriger « *si* non, » ou lire avec Haloander *nam :* mais la leçon constante de la Vulgate suffit ; elle retranche *non*, et porte : merces enim laboris eximii.

(*q*) Contemplatione donne le même sens que contemplationem, c'est-à-dire, parce qu'on lui a sauvé la vie, et il faut sous-entendre : *eam donationem* æstimari.

qui vous a sauvé la vie n'est pas une donation proprement dite, mais la récompense d'un service inestimable. Aussi, dit Paul, devons-nous l'étendre *in infinitum*, c'est-à-dire l'exempter des restrictions de la *lex Cincia*. Aussi (dit Paul au Digeste), cette donation est-elle irrévocable. — Ce changement dans les termes ne modifie nullement le sens. Les rédacteurs du Digeste n'ont pas reproduit les mots *in infinitum* comme rappelant trop la *lex Cincia* (*r*); mais en prononçant l'irrévocabilité, ils expriment absolument la même idée, car la révocabilité est la conséquence pratique de toutes les restrictions positives en matière de donation (*s*). Par là se trouvent exclues la formalité de l'insinuation, la prohibition entre époux, et la révocation pour cause

(*r*) Fragm. Vatic., § 304; L. 7, § 1, de L. Julia repet. (XLVIII, 11).

(*s*) Marezoll (Zeitschrift, I, 37) restreint ce texte à la révocation pour cause d'ingratitude, parce que le défaut d'insinuation entraînait non la révocation mais la nullité. Mais le résultat pratique de la nullité n'est autre que la révocation. Aussi les fragments du Vatican relatifs à la L. Cincia parlent toujours de la révocation, de même la L. 32, § 4, 7, de don. int. vir. (XXIV, 1), au sujet des donations entre époux, dont la nullité n'est pas douteuse. Marezoll reconnaît lui-même que les basiliques et ses scholies (VI, 180, 210) contredisent son opinion; mais les expressions du Digeste *certo modo* sont décisives, car *modus* désigne la somme fixée pour les donations, qui anciennement se rapportait à la L. Cincia, et dans le droit nouveau se rapporte à l'insinuation. L. 11; L. 21, § 1, de don. (XXXIX, 5); L. 5, § 5, de doli exc. (XLIV, 4).

d'ingratitude. Mais d'un autre côté le fait de sauver la vie est tellement spécial qu'on ne saurait étendre les dispositions de ce texte à aucun autre motif de reconnaissance (*t*).

§ CLIV. — V. *Donation.* — *Définition*, IV. *Intention d'enrichir.* (Suite.) *Negotium mixtum.*

Celui qui reçoit une chose, et en rend une d'une valeur moindre, se trouve enrichi de la différence. Si telle est l'intention de l'autre partie, ce fait constitue une donation véritable. L'acte juridique renferme une donation partielle (*a*), et, pour cette partie, le droit que l'acte confère doit être regardé comme donation (§ 149, 152, *a*).

Voici les applications les plus importantes de cette règle. Si une maison valant 5,000 écus est vendue 3,000, afin d'enrichir l'acheteur, il y a alors une vente véritablement jointe à une donation de 2,000 écus. Une pareille vente est donc valable entre époux, mais la donation ne l'est

(*t*) Mühlenbruch, § 445, avec beaucoup d'autres auteurs, rapporte ce texte à toute espèce de donation rémunératoire, comme si l'exemple d'un homme à qui l'on sauve la vie avait été choisi accidentellement (note *a*). Mais le texte lui-même attache une grande importance à la nature de ce service inappréciable, ce que l'on ne peut dire d'aucun autre service.

(*a*) Negotium mixtum cum donatione. L. 18, pr. de don. (XXXIX, 5). Sur la signification de *negotium*, voy. § 143, *h*.

pas ; si néanmoins la vente n'avait été faite qu'en vue de la donation, de sorte que sans la donation la vente n'aurait pas eu lieu, l'acte est nul tout entier (*b*). — Ce cas diffère de la vente simulée, destinée uniquement à réaliser une donation ; si, par exemple, on stipule que le prix ne sera jamais payé, ou si le prix est trop minime pour avoir une signification sérieuse. D'après les principes généraux, un pareil acte devrait être nul comme vente, mais valoir comme donation (§ 134). Les jurisconsultes romains et les anciennes constitutions déclarent l'acte nul tant qu'il n'y a pas tradition (*c*). Mais cela veut dire unique-

(*b*) L. 5, § 5, de don. int. vir. (XXIV, 1), le plus précis de tous les textes relatifs à ce sujet. Comme textes non pas opposés, mais moins explicites, je citerai L. 32, § 26, eod. ; L. 38, in f. de contr. emt. (XVIII, 1) ; L. 17, pr. ad Sc. Vell. (XVI, 1). — Cf. § 44 (notes *g*, *h*).

(*c*) L. 36, de contr. emt. (XVIII, 1) ; L. 38, eod. (verb. *totiens enim* rel.) ; L. 3, 9, C. eod. (IV, 38) ; L. 6, pr. don. (XLI, 6) ; L. 7, § 6 ; L. 32, § 25, de don. int. vir. (XXIV, 1) ; L. 15, C. eod. (V, 16). Cf. Meyerfeld, I, p. 306, sq. — On trouve souvent dans les textes cités l'expression de « venditio *donationis causa* facta, » qui en soi pourrait s'appliquer à la « venditio mixta cum donatione, » mais qui là désigne le cas où la vente n'a été faite qu'en vue de la donation (note *b*). Or, comme la vente ainsi qualifiée est déclarée absolument nulle, l'expression de « venditio *donationis causa* facta » s'applique évidemment à la vente simulée. — Il en est de même pour la *locatio donationis causa facta*, par exemple *numo uno*. L. 20, § 1 ; L. 46, locati (XIX, 2) ; L. 10, § 2, de adqu. poss. (XLI, 2) ; L. 52, pr. de don. int. vir. (XXIV, 1). Ici *vilius locaverit* ne veut pas dire

ment que la donation n'étant pas, comme la vente, un contrat consensuel, on ne peut exercer une action en vertu d'une simple convention. Dans le droit nouveau cette difficulté n'existe plus (§ 157). — Cette règle serait encore applicable à la vente d'une créance au-dessous de sa valeur nominale. Si la diminution de prix est motivée par l'incertitude du recouvrement, la vente est pure et simple; si le vendeur a voulu enrichir l'acquéreur, il y a donation partielle. Or, la première convention étant absolument prohibée (*d*), la seconde doit l'être également, car au moyen d'une donation simulée il serait trop facile d'éluder la prohibition qui frappe les contrats aléatoires (*e*).

Telle est encore la vente où l'acheteur renonce, en cas d'éviction, à un recours contre le vendeur. Ce contrat accessoire est une pure donation, car l'acheteur peut perdre sans compensation la valeur totale de la chose. Aussi ce contrat accessoire est-il nul entre époux, quoique la vente même soit valable (*f*).

au-dessous de sa valeur, mais à un prix dérisoire, tel que serait *numo uno*, comme le prouve évidemment le motif donné plus bas.

(*d*) En vertu de la *Lex Anastasiana*. L. 22, C. mandati (IV, 35).

(*e*) L. 23, C. mandati (IV, 35).

(*f*) L. 31, § 4, de don. int. vir. (XXIV, 1) : « Si... donationis causa paciscantur, *ne quid venditor ob eam rem præ-*

L'acte d'emprunt par lequel l'emprunteur s'engage à rendre plus ou moins qu'il ne reçoit peut être regardé comme une donation de la différence (*g*).

Quand une donation résulte des clauses d'un acte de société (*h*), l'acte est déclaré non valable (*i*). Mais, de même que pour la vente, cela signifie que l'acte ne donne pas lieu à l'*actio pro socio,* spéciale au contrat consensuel. Si par suite de la convention quelque chose avait été livré, les anciens jurisconsultes déclarent la donation

stet. » Dans le langage ordinaire des jurisconsultes, et d'après le rapprochement du § 5, cela ne veut pas dire que le vendeur doit recevoir l'argent et, en outre, conserver la chose; mais qu'après avoir livré la chose, il ne sera pas tenu de garantir l'acheteur contre l'éviction. *Præstare* est l'expression technique pour désigner cette garantie. L. 31; L. 5, 8, 30, de eviet. (XXI, 2). S'il s'agit de l'obligation principale du vendeur, on dit : « *ipsam rem præstare.* » L. 11, § 2, de act. emt. (XIX, 1).

(*g*) Cela *peut* s'interpréter ainsi; néanmoins, si la somme est plus forte, on peut avoir en vue les intérêts, et non une donation, ou même vouloir par là cacher des conditions usuraires. — De semblables cas sont mentionnés dans les L. 11, § 1, de reb. cred. (XII, 1); L. 17, pr. de pactis (II, 14), surtout là où il est dit qu'on ne pourrait jamais, en vertu de l'action du prêt, réclamer au delà de la somme donnée, ce qui n'exclut pas l'exercice d'autres actions.

(*h*) C'est ce qui a lieu quand un des associés n'apporte rien et cependant partage les bénéfices, ou si, apportant quelque chose, il recueille seul tous les bénéfices.

(*i*) L. 5, § 2, pro soc. (XVII, 2); L. 16, § 1, de minor. (IV, 4); L. 32, § 24, de don. int. vir. (XXIV, 1).

parfaite et valable (*k*). D'après le droit nouveau, l'action peut être exercée en vertu de la simple convention, comme pour toute autre donation (*l*).

Enfin toute *donatio sub modo* (§ 175) présente ce caractère mixte à cause de la prestation réciproque stipulée pour l'avenir (*m*).

(*k*) L. 32, § 24, de don. int. vir. (XXIV, 1) : « quæ tamen in commune tenuerunt, *fine præstituto* revocanda non sunt. » C'est-à-dire : Si une chose acquise par suite de la convention a été livrée au donataire pour sa part, la mort du donateur rend cette tradition irrévocable (comme *perfecta donatio*), et cela d'après le sénatus-consulte, qui n'était pas applicable aux cas énumérés dans le commencement du texte. Meyerfeld, I, 324, observe très-bien que les mots *fine præstituto* étaient autrefois synonymes de *fini decimarum* (Fragm. Vat., § 294), c'est-à-dire dans les limites posées par la L. Julia (Ulpien, XV). Dans le Digeste, ces mots ont le sens trivial : selon les termes de la convention, de sorte que la virgule doit être mise après *præstituto*.

(*l*) Sauf néanmoins les moyens de dissolution propres à la société. Autrement on irait au delà de l'intention des parties, qui ont voulu une donation, mais d'après les règles et les formes d'une société.

(*m*) L. 18, pr., § 1, 2, de don. (XXXIX, 5). La donation partielle contenue dans la donation *sub modo* sert uniquement ici à déterminer les limites de la *condictio* ou de l'*actio præscriptis verbis*. Mais comme on reconnaît dans ce contrat le caractère de donation, il doit être nécessairement soumis aux lois spéciales sur la matière. Mühlenbruch, § 445, prétend que l'insinuation n'est pas exigée pour la donation *sub modo;* mais alors pour éluder entièrement la loi, qui prescrit l'insinuation, il suffirait d'ajouter à une donation quelconque le *modus* le plus insignifiant. Mühlenbruch cite Leyser, 435, 3, qui pousse l'erreur encore plus

Dans toutes ces transactions mixtes il faut évaluer en argent la donation partielle, et celle-ci est soumise à toutes les règles qui régissent les donations, en ce qui touche l'insinuation, la prohibition entre époux et la révocation pour causes déterminées (*n*). Mais si la prestation réciproque n'a aucune valeur pécuniaire, cette distinction devient impossible (*o*), et il ne saurait y avoir de donation là où on ne trouve aucune différence de valeur qui seule constituerait l'enrichissement (*p*).

§ CLV. — V. *Donation. — Actes juridiques divers.* 1. *Dare.*

Après cette définition complète de la donation, il me reste à passer en revue les divers rapports de droit où elle peut se présenter (§ 142). Cet examen a d'abord pour but de montrer la donation sous les formes les plus variées, puis de

loin, car il confond la donation *sub modo* avec la donation rémunératoire.

(*n*) La L. 5, § 5, de don. int. vir. (XXIV, 1) fait évidemment l'application de ce principe, qui est posé dans la L. 5, § 2, eod. : « si separari possit » rel. (§ 152, *b*).

(*o*) La L. 19, § 1, 6, de don. (XXXIX, 5), mentionne des cas de ce genre.

(*p*) L. 5, § 2, de don. int. vir. (XXIV, 1) (§ 152, *b*), dont le principe général est aussi bien applicable ici qu'à l'intention de donner.

mettre en lumière son côté positif, en faisant voir comment elle contribue à l'efficacité des actes juridiques, tandis que par son côté négatif elle est souvent un obstacle à l'efficacité de ces mêmes actes. Enfin, la donation n'a d'existence réelle que dans ces applications, car cette notion abstraite, aliénation avec intention d'enrichir, ne prend de vie et de réalité qu'en s'incorporant à un acte juridique déterminé. Telle est donc la condition essentielle de toute donation valable, le *perficitur donatio,* dont la nature est moins visible, parce que les anciens jurisconsultes, et peut-être aussi les dispositions de la *lex Cincia*, y avaient ajouté des éléments conventionnels qui rendaient son caractère primitif difficile à reconnaître (*a*).

Comme toutes les parties des biens sont susceptibles d'accroissement, les rapports de droit les plus divers qui affectent les biens peuvent servir à atteindre le but de la donation. L'enrichissement peut résulter :

1° D'un droit réel conféré au donataire;

2° D'un rapport obligatoire, et ce rapport peut consister :

(*a*) On retrouve cette condition sous sa forme primitive et naturelle dans les textes suivants. Fragm. Vat., § 263 : « Eam quæ... citra stipulationem donavit, si neque poss... tradidit... *nihil egisse placuit.* » *Ibid.*, § 266 : «. . . *destinationem potius liberalitatis*, quam effectum rei actæ continet. » § 293: « : . . manifeste *nec cœpta videatur.* »

a) En une créance cédée au donataire;

b) En une dette dont il se trouve libéré.

Toutes les donations simples se divisent donc en trois classes, puisqu'elles peuvent s'effectuer *dando, obligando, liberando*.

Les donations résultant de droits réels peuvent se rapporter à la propriété ou à des *jura in re*. Celles qui se rapportent à la propriété sont tellement nombreuses et tellement importantes, que souvent l'on a défini la donation en général comme un des moyens de transférer la propriété (§ 142, *a*). En droit Justinien, la forme employée pour transmettre la propriété est tout simplement la tradition sans aucun égard au but que l'on se propose (*b*). J'ai donc à traiter d'abord de la donation au moyen de la tradition. Ici la nature positive de la donation montre son efficacité en servant à la tradition de *justa causa*, et en opérant la transmission réelle de la propriété (*c*). Au reste, on suppose que le donateur est lui-même propriétaire; s'il ne l'était pas, l'acte aurait alors des effets spéciaux dont je parlerai plus bas.

(*b*) L'ancien droit reconnaissait en général trois formes pour la transmission de la propriété : *mancipatio, in jure cessio, traditio*. Elles s'appliquèrent naturellement à la donation, et même dans plusieurs cas on exigea l'emploi des formes plus solennelles. Ainsi donc le droit a été par là simplifié.

(*c*) L. 40, J. de rer. div. (II, 1).

La tradition peut ici s'opérer sous toutes les formes qu'elle est susceptible de revêtir, et d'abord par personnes intermédiaires (*d*). Le donataire peut aussi conserver la chose qu'il détenait déjà à un autre titre (*e*). Il peut encore, en vertu d'une *missio in possessionem*, prendre seul possession de la chose, et cela comme si le donateur eût agi personnellement (*f*). Enfin, la tradition peut s'effectuer au moyen du *constitutum possessorium*, c'est-à-dire que le donateur déclare posséder la chose au nom du donataire dont il devient le représentant. Nous voyons une application de cette dernière forme dans la réserve de l'usufruit; cette réserve peut même se faire, non dans l'intention de conserver la jouissance, mais comme moyen d'effectuer une tradition immédiate sans aucun acte extérieur (*g*).

(*d*) L. 4, 6, de don. (XXXIX, 5). Parmi les cas de ce genre, il faut ranger celui mentionné plus haut (§ 148, *a*), le cas où j'accomplis la donation en chargeant de remettre la chose à celui qui devait me la livrer soit comme donateur, soit comme vendeur.

(*e*) L. 10, de don. (XXXIX, 5) : « sive, quod ipse habeat, sibi habere eum jubeas. »

(*f*) L. 6; L. 9, § 1, de don. (XXXIX, 5); L. 6, C. eod. (VIII, 54). Tel est notamment le cas où la donation consiste en une simple jouissance de fruits (§ 146). Le donateur permet au donataire de prendre possession des fruits à mesure qu'ils sont produits, et de les conserver à titre de donation.

(*g*) L. 28; L. 35, § 5, C. de don. (VIII, 54). — Savigny, Besitz, § 27, p. 373, 6e éd., *Histoire du droit romain au moyen âge*, vol. II, § 66. — Meyerfeld, I. p. 95, sq. — Ce cas se pré-

L'abandon équivaut à la tradition quand il est fait avec l'intention formelle qu'une autre personne acquière la propriété, et peu importe que cette personne soit déterminée ou indéterminée, connue ou inconnue. L'abandon est expressément déclaré aliénation (*h*), bien que, rigoureusement parlant, la perte et l'acquisition de la propriété ne soient pas simultanées ; car la perte de la propriété commence à l'instant même où la possession est abandonnée (*i*), et il y a ainsi un temps intermédiaire où la chose demeure sans maître. Cet intervalle est ordinairement trop court pour qu'on le prenne en considération (*k*) ; mais quelquefois aussi il peut se prolonger. Dès que l'occupation n'a lieu que par la volonté de l'ancien propriétaire, il y a une donation véritable soumise à toutes les règles du droit positif. En effet, le caractère de l'aliénation, qui seul pouvait présenter des doutes, une fois reconnu (*note f*), l'acquéreur se trouve évidem-

sente, par exemple, quand l'usufruit est restreint à un petit nombre de jours.

(*h*) L. 5, quæ in fraud. (XLII, 8) ; L. 9, § 7, de adqu. rer. dom. (XLI, 1) ; § 46, J. de rer. div. (II, 1). — Si cette intention n'existe pas, l'abandon de la possession, même de la propriété, ne constitue pas une aliénation. L. 119, de R. J. (L. 17). Ainsi donc il faut admettre cette intention spéciale pour que l'on puisse considérer l'abandon comme une aliénation.

(*i*) L. 1 ; L. 2, § 1 : pro derel. (XLI, 7).

(*k*) L. 1 ; L. 5, § 1, pro derel. (XLI, 7) ; L. 9, § 7, de adqu. rer. dom. (XLI, 1) ; § 46, J. de rer. div. (II, 1).

ment enrichi par la volonté de l'ancien propriétaire (*l*).

On pourrait vouloir assimiler à l'abandon le cas où un propriétaire laisse volontairement s'accomplir une usucapion commencée, et opère ainsi sciemment la transmission de la propriété. Néanmoins ce silence ne constitue pas une donation, car il n'y a pas là un acte juridique, pas même un acte positif, sans lequel on ne saurait concevoir de donation (*m*).

Il y a donation cachée d'une somme d'argent dans les cas où l'usage d'une chose concédée gratuitement constitue une donation; j'en dis autant des services gratuits. En effet, la donation consiste réellement dans la somme que le donataire aurait été obligé de dépenser (§ 146, *b. d.*).

On peut également livrer à titre de donation la propriété partielle d'une chose. Cela a lieu quand on donne une portion idéale d'un bien, soit que le donateur ne possède que cette por-

(*l*) Si en pareil cas on n'admettait point qu'il y a donation, toutes les règles positives sur la matière seraient aisément éludées. Si, par exemple, quelqu'un abandonnait un domaine considérable, et qu'un autre d'intelligence avec celui-ci s'en emparât immédiatement, la prohibition pendant le mariage et la loi sur l'insinuation ne seraient pas applicables. Pour parer à cet inconvénient, on considère comme aliénations tous les cas de ce genre, bien que dans la rigueur des principes on aurait pu en douter (note *h*).

(*m*) Voy. plus haut, § 144. — J'ai établi ce principe en le rattachant à d'autres principes analogues (Appendice IX).

tion, soit qu'il veuille conserver le surplus (*n*). — Les biens donnés peuvent aussi être grevés par des *jura in re*, soit qu'ils existent antérieurement, soit que le donateur les impose comme restrictions de la donation : si, par exemple, il se réserve l'usufruit, non comme simple forme de la tradition (*note e*), mais afin d'en jouir effectivement. — La donation, enfin, peut avoir pour objet non la propriété véritable, mais un droit analogue. Tel était dans l'ancien droit le *in bonis* et le régime établi pour les immeubles des provinces; telle est encore dans le droit nouveau la *b. f. possessio*, dont je parlerai bientôt avec plus de détails.

§ CLVI. — *Donation.* — *Actes juridiques divers.* 1. *Dare.* (Suite.)

Relativement à la tradition comme moyen d'opérer la donation, il ne me reste plus à examiner que le cas où le donateur n'a pas lui-même la propriété qu'il prétend transmettre.

D'abord, il est évident qu'un pareil acte ne porte aucune atteinte au droit du propriétaire (*a*). Si celui-ci consent à la donation, le donataire acquiert immédiatement la propriété, et l'on sup-

(*n*) Meyerfeld, I, p. 123.

(*a*) L. 14, 21, 24, C. de don. (VIII, 54); L. 2, C. de usuc. pro don. (VII, 27).

pose que, par une *brevi manu traditio,* le propriétaire l'avait auparavant transmise au donateur. Néanmoins le rapport de donation existe seulement entre celui qui donne et celui qui reçoit; l'ancien propriétaire n'a aucune relation avec le donataire, quel que soit d'ailleurs le motif de son consentement, soit qu'il ait voulu gratifier le donateur, ou qu'il ait voulu lui vendre (*b*).

La donation de la chose d'autrui, même sans le consentement du propriétaire, a cependant une efficacité réelle importante. Elle sert de titre à l'usucapion, qui s'appelle alors *pro do-*

(*b*) L. 9, § 2, de don. (XXXIX, 5) : « Quod filiusfamilias patris *jussu* aut *voluntate* donavit, perinde est, ac si pater *ipse donaverit,* aut si mea voluntate rem meam *tu nomine tuo Titio dones.* » Ce texte distingue deux cas. Si le père ordonne la donation (jussu), il est lui-même *donator,* seulement il emploie un intermédiaire pour accomplir sa libéralité (§ 155). S'il ne fait que consentir (voluntate), le fils est *donator*, précisément comme si le consentement était accordé à un donateur *sui juris.* Sans doute, dans l'espèce ici mentionnée, la puissance paternelle empêche qu'il y ait tradition ni donation du père au fils; mais le résultat définitif est le même que si l'intermédiaire était un étranger. — La même chose a lieu quand un donateur charge (*donationis causa*) un tiers de remettre au donataire une chose qui est la propriété de ce tiers, par exemple une somme d'argent, et alors celui-ci a pour la restitution de la somme une *mandati actio* contre le donateur. L. 52, § 1, de don. int. vir. (XXIV, 1) : « ut *traditio, quæ mandante uxore* mortis causa facta est.... » On voit des cas semblables, L. 19, § 3, de don. (XXXIX, 5); L. 26, de don. int. vir. (XXIV, 1).

nato (*c*). On peut se représenter cette usucapion, ou comme une simple suite de la *b. f. possessio* du donateur, ce qui déjà constitue une donation (§ 155), ou comme un fait indépendant, lorsque la bonne foi ou le titre manquant au donateur, l'usucapion commence en la personne du donataire, et aussi la *b. f. possessio* qui, ne pouvant alors être regardée comme un droit transmis, ne peut s'appuyer ni s'aider de l'*accessio possessionis*.

Maintenant se présente une grave question, celle de savoir si en pareil cas il y a une donation proprement dite soumise à la formalité de l'insinuation, à la prohibition entre époux et à la révocation pour cause d'ingratitude.

Il résulterait de l'affirmative que la donation de la chose d'autrui, quand elle tombe sous l'application de ces règles restrictives, ne peut non plus valoir comme titre d'usucapion. Voici les motifs qui semblent militer en faveur de cette doctrine. Quand un mari donne à sa femme un

(*c*) Il y a deux titres sur cette matière, Dig., XLI, 6; Cod., VII, 27. — On pourrait trouver un objection générale contre le principe ici posé dans la L. 9, § 3, de don. (XXXIX, 5) : « Donari non potest, nisi quod ejus fit cui donatur. » Dans l'ancien droit, cela se rapporte à la L. Cincia, et signifie que la mancipation est nécessaire pour la donation d'une *res mancipi*, et que la tradition ne suffit pas. Dans le droit nouveau, ce passage a le même sens général que les textes cités note *a*. Cf. Zeitsch. f. gesch. Rechtswiss., vol. IV, p. 40.

bien à lui appartenant, non-seulement il n'y a pas transmission immédiate de la propriété, mais il n'y a pas non plus d'usucapion pour suppléer à ce défaut de transmission; la femme n'a aucune *civilis possessio* (*d*), c'est-à-dire qu'elle n'a pas l'usucapion (*e*). En effet, la femme manque de toutes les conditions requises. Elle n'a pas de titre, car un acte prohibé et nul ne saurait créer un titre; elle n'a pas la possession de bonne foi, car elle sait qu'elle possède la chose d'autrui (*f*). Quand donc le mari donne à sa

(*d*) Savigny, Recht des Besitzes, § 7.

(*e*) L. 1, § 2, pro don. (XLI, 6) : « Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio. » Cela se rapporte de la manière la plus directe et la plus simple au cas ici mentionné, puisque le donateur est propriétaire de la chose. Même dans le cas de séparation, est-il dit plus loin, l'usucapion ne commence que « si eam maritus concesserit, quasi nunc donasse intelligatur; » car, à cette époque, la donation est licite. (Sur cette *concessio*, voy. L. 32, § 10, de don. int. vir., XXIV, 1.) On pourrait demander pourquoi l'usucapion est alors exigée, puisque la donation est licite et suffit pour transmettre la propriété. Sans doute Paul avait en vue une *res mancipi*, et alors il fallait une usucapion supplétive, puisque cette *concessio* ne pouvait valoir que comme tradition. — C'est par une *concessio* semblable à celle impliquée dans la L. 1, § 2, cit., qu'il faut expliquer la fin de la L. 24, de don. int. vir. (XXIV, 1) : « ... altero, quod fuerit vitium, amotum sit. » *Quod* est pris ici pour *si quod,* de sorte que la règle embrasse tous les cas possibles, ceux où il y a et ceux où il n'y a pas *vitium.*

(*f*) L. 19, pr. de don. int. vir. (XXIV, 1): « .... hoc enim b. f. possessoribus concessum est : *virum autem scientem alienum possidere.* » Cette décision s'applique aussi à la femme, même d'après

femme une chose dont il n'a pas la propriété, on pourrait croire qu'il doit en être de même, et que là aussi il n'y a ni titre ni possession de bonne foi. Néanmoins la similitude n'est pas complète. Un texte de Pomponius sur ce cas particulier est ainsi conçu :

L. 3, pro don. (XLI, 6) : « Si vir uxori, vel uxor viro donaverit, si aliena res donata fuerit, verum est quod Trebatius putabat, *si pauperior is qui donasset non fieret*, usucapionem possidenti procedere. »

Ici donc on distingue deux cas : 1° Quand le donateur se trouve appauvri par la donation, c'est-à-dire quand il y a donation véritable et proprement dite; de même que si le donateur était propriétaire de la chose, il n'y pas alors d'usucapion, et pour le même motif. On suppose que le donateur avait lui-même une *b. f. possessio*, c'est-à-dire une possession avec usucapion ; en renonçant ainsi à un droit véritable, il se trouve effectivement appauvri (§ 155), et en l'absence d'un titre valable le donataire n'a point l'usucapion (*g*). — 2° Quand la donation n'ap-

l'ancien droit, et même quand elle eût ignoré la loi qui prohibe la donation. En effet, si l'ancien droit permet aux femmes d'invoquer l'ignorance du droit, il y avait pour les donations exception à cette règle. Cf. Appendice VIII, num. VIII et num. XXXI, *d*.

(*g*) Dans le droit nouveau ce cas est le seul possible. Dans l'ancien droit il y en avait encore un autre, celui où le donateur avait

pauvrit pas le donateur, et alors il y a usucapion. On suppose que le donateur n'avait lui-même ni titre ni possession de bonne foi ; il ne devient donc pas plus pauvre, puisqu'il n'avait aucun droit à perdre. Pourquoi maintenant admettre l'usucapion ? Il n'y a pas absence de titre valable, puisque la prohibition de la loi ne s'applique point à un pareil cas (*h*). D'un autre côté, la possession de bonne foi semble toujours manquer (*note f*). Comme les jurisconsultes romains n'élèvent sur ce point aucune difficulté, voilà sans doute comment ils l'envisagent. Le donataire suppose que la chose est toujours la propriété d'autrui, c'est-à-dire du donateur son conjoint. Or, cette erreur, comme erreur de fait, ne lui

la chose *in bonis;* si, par exemple, le mari qui possédait une maison en vertu d'une simple tradition (sans mancipation) la donnait à sa femme avant que le temps nécessaire pour l'usucapion fût expiré. — Ces deux cas présentent ce résultat grave et important, que la donataire ne peut commencer l'usucapion, et que le donateur ne peut continuer son usucapion antérieure, qui se trouve interrompue par la possession véritable de la donataire. L. 1, § 4, de adqu. poss. (XLI, 2) ; L. 1, § 2, in f. pro don. (XLI, 6).

(*h*) Ici se montre clairement et avec un résultat pratique la différence signalée plus haut entre le côté positif et le côté négatif de la donation (§ 142, 143) ; différence qui, dans la plupart des cas, demeure presque inaperçue. En effet, il y a donation en tant que le mari délivre un titre pour l'usucapion, l'*usucapio pro donato*. Il n'y a pas donation en tant que la chose se passe entre époux et ne tombe pas sous la prohibition des donations pendant le mariage.

nuit pas, et il possède de bonne foi, car il ignore effectivement le droit du véritable propriétaire (*i*).

Aussi cette règle est-elle reconnue dans le texte suivant, qui ne laisse pas apercevoir le moindre doute sur le caractère de la possession :

L. 25, de don. int. vir. (XXIV, 1) : « Sed et si, constante matrimonio, res aliena uxori a marito donata fuerit, dicendum... etsi non mortis causa donaverat ei, non impediretur usucapio. Nam jus constitutum ad eas donationes pertinet, *ex quibus et locupletior mulier, et pauperior maritus in suis rebus fit....* (*k*). »

La règle est ici exprimée comme si l'usucapion avait lieu dans tous les cas, lors même que la donation appauvrit le donateur. Mais par la manière dont il motive la règle, l'auteur de ce texte, Terentius Clemens, nous montre qu'il adopte entièrement la distinction de Pomponius, et qu'il n'admet pas l'usucapion si le donateur avait la *b. f. possessio*.

Les anciens jurisconsultes ont, suivant leur

(*i*) Appendice VIII, num. XV a. — Ce cas peut encore s'exprimer de la manière suivante : « plus est in re quam in existimatione. » — Cf. Faber conject. VII, 13. Retes de don. int. vir. C. 10, § 5 (Meerm., t. VI). Glück, vol. XXVI, p. 41-46. Unterholzner Verjährung, vol. I, p. 395.

(*k*) J'omets les autres parties du texte relatives à la *mortis causa donatio*, et qui s'expliquent par la Lex Julia sans que l'on ait besoin de recourir aux diverses corrections proposées. Cf. Glück, vol. XXVI, p. 39-46.

habitude, développé ces règles au sujet des donations entre époux ; mais elles sont évidemment applicables au défaut d'insinuation. Quand donc un individu possède de mauvaise foi une maison valant 2,000 ducats, et la donne sans insinuation à un tiers de bonne foi, celui-ci a l'usucapion de la maison tout entière *pro donato*. Si le donateur avait eu la *b. f. possessio*, l'usucapion n'atteindrait pas la portion de valeur excédant la quotité légale. En effet, l'usucapion une fois accomplie, on suppose que la propriété parfaite a été donnée dès l'origine (§ 166).

Les *jura in re* peuvent être employés de mille manières diverses comme moyens d'effectuer une donation (*l*).

Le propriétaire peut donner, en constituant gratuitement un usufruit; l'usufruitier, en rendant sans indemnité l'usufruit au propriétaire (*m*).

(*l*) A cette espèce de donation et à toutes celles dont je vais parler, s'applique la règle de la L. 9, pr. de don. (XXXIX, 5) : « Potest enim et citra corporis donationem valere donatio. » Ce texte suffit pour montrer que la L. 9, § 3, eod. (note *c*), ne doit pas être prise dans la généralité absolue que ses termes semblent établir.

(*m*) L. 66, 78, de j. dot. (XXIII, 3); L. 57, sol. matr. (XXIV, 3). A la vérité, ces textes parlent, non de la donation, mais de la dot, qui peut être constituée au moyen d'un usufruit. Comme ces deux institutions diffèrent seulement par le but de la libéralité, nous pouvons appliquer ces textes à la donation, sauf que nous n'avons pas à nous occuper des difficultés qu'entraîne pour

De même l'usufruitier peut faire à un tiers donation de sa jouissance (*n*); néanmoins, cet acte constitue plutôt une donation de propriété, celle des fruits à venir (§ 146, *f*), car il n'apporte aucune modification à la substance du *jus in re*.

L'*usus* peut aussi être constitué comme donation (*o*) ou rendu au propriétaire. Il ne peut en général être cédé à un tiers, et par conséquent devenir l'objet d'une donation (*p*). Les mêmes règles s'appliquent aux servitudes prédiales (*q*).

L'emphytéose peut également servir de matière à la donation. Ainsi, le propriétaire peut constituer une emphytéose gratuite, et l'emphytéote la rendre au propriétaire ou la céder à un tiers (*r*). J'en dis autant de la *superficies* (*s*).

la dot la nécessité de la restitution après la dissolution du mariage, et ces difficultés font l'objet principal des textes cités

(*n*) L. 12, § 2; L. 38; L. 40, de usufr. (VII, 1).

(*o*) C'est à une donation de ce genre que se rapporte la L. 27, de don. (XXXIX, 5). Cf. § 153, notes *l* et *o*.

(*p*) L. 10; pr. L. 11; L. 12, § 6, de usu (VII, 8).

(*q*) L. 17, comm. præd. (VIII, 4). — On peut demander dans quelles formes les servitudes de tout genre peuvent être constituées à titre de donation. Mais cela rentre dans la question générale de savoir si les servitudes de tout genre peuvent être constituées en vertu d'un contrat consensuel, ou si la tradition est indispensable. — Sur la question de savoir si l'abolition d'une servitude par le non-usage peut valoir comme donation, voy. Appendice IX.

(*r*) § 3, J. de loc. (III, 24); L. 1, C. de fundis patrim. (XI, 61).

(*s*) L. 1, § 7, de superfic. (XLIII, 18).

Le droit de gage ne saurait être l'objet d'une donation, car il ne présente aucune extension des biens, mais une garantie contre une perte éventuelle (§ 149).

§ CLVII. — V. *Donation. — Actes juridiques divers. 2. Obligare.*

En énumérant les moyens d'effectuer une donation (§ 155), j'ai placé au second rang les créances dont le donataire se trouve enrichi. Ces créances sont de deux espèces : les unes à la charge du donateur, les autres à la charge d'un tiers.

La donation qui consiste en une créance souscrite par le donateur est ce que l'on appelle ordinairement promesse de donation, et ce que plusieurs auteurs modernes ont arbitrairement désigné comme le caractère principal de toute donation (§ 142). D'après cette dénomination, promesse de donation, on pourrait croire que la donation véritable est la tradition réelle nécessitée par le premier don. On se tromperait beaucoup. La véritable, la seule donation est ici la promesse qui consomme l'enrichissement (*a*); la tradition subséquente n'est que le payement

(*a*) L. 49, de V. S. (L. 16).

d'une dette, et nullement une donation (*b*).

Quant à la forme de ce contrat, on pouvait, dans l'ancien droit, employer la stipulation, et aussi le contrat littéral tant sous l'ancienne que sous la nouvelle forme. L'une était la transcription sur les registres domestiques que tenaient tous les Romains (*c*), l'autre la transcription sur les livres des *argentarii*. Au reste, le contrat littéral a été entièrement aboli par le droit Justinien. Une donation ne peut jamais résulter d'un *constitutum*, car s'il existait une obligation antérieure, même naturelle, sa transformation en obligation civile ne vaut pas comme donation (§ 149), et en l'absence de toute obligation le *constitutum* ne produit aucun effet (*d*). — Le droit Justinien

(*b*) Voy. plus haut, § 149. — L'importance de cette distinction se montre dans les applications suivantes : si la promesse d'une somme importante a été soumise à l'insinuation, l'acte qui constate le payement n'a pas besoin d'être insinué; s'il y a eu promesse de donation entre deux futurs époux, la réalisation de cette promesse pendant le mariage est un acte licite.

(*c*) Ce sujet est traité avec profondeur dans Meyerfeld, I. p. 168 sq. — On opposerait inutilement la L. 26 de don. (XXXIX, 5), qui s'applique à la simple mention sur un livre ordinaire de dépenses, et non au contrat littéral. D'abord, à l'époque où vivait Pomponius, l'usage des anciens registres domestiques était abandonné depuis longtemps; ensuite le texte parle tout au plus d'une simple *acceptilatio*, tandis que l'ancien contrat littéral avait nécessairement pour base l'*expensilatio*.

(*d*) L. 3, § 1, de pec. const. (XIII, 5, rapprochée de la L. 1, 7, eod. — Meyerfeld, I, p. 185 sq.

facilite et simplifie tout, car le contrat sans formes donnant lieu à une action (*e*), la promesse de donation ordinaire se trouve, par sa forme, assimilée aux contrats consensuels (*f*). — On appelle quelquefois *donatio* (*g*) la promesse faite à une ville (*pollicitatio*) ou en l'honneur d'une divinité (*votum*); mais de pareils actes ne sont jamais soumis aux règles restrictives d'une donation véritable. La *lex Cincia* ne les atteignait pas (*h*); et, quoiqu'ils ne soient pas dispensés nominativement de l'insinuation, cette formalité ne leur est point applicable, car la *pollicitatio* est une institution toute différente de la *donatio*, et le

(*e*) L. 35, § 5, C. de don. (VIII, 54); § 2, J. de don. (II, 7); Nov. 161, C. 1. Donellus, XIII, 22, § 7, 8, restreint assez singulièrement ce principe au contrat *de præsenti*, si, par exemple, quelqu'un dit : « dono tibi hanc rem; » de sorte qu'une promesse pour l'avenir ne donnerait lieu à aucune action. Suivant lui, cette *donatio in præsens concepta* renferme en soi une tradition fictive. Tout cela est arbitraire.

(*f*) Je dis la promesse de donation ordinaire par opposition à celle qui excède 500 ducats. Au delà de cette somme, l'insinuation est exigée aussi bien que pour la donation effectuée avec tradition; ainsi donc l'objet de l'insinuation n'est pas de suppléer le défaut de forme du contrat.

(*g*) L. 9; L. 13, § 1, de pollic. (L. 12).

(*h*) L. 19, pr. de don. (XXXIX, 5); L. 3, § 1, de pollic. (L. 12). Ces deux textes distinguent évidemment cette espèce de promesse des donations proprement dites qui sont soumises à la L. Cincia. — Il en est de même pour le *votum*. L. 2, de pollic. (L. 12).

plus souvent on la désigne sous son nom spécial (*i*).

La promesse de donation se distingue, à plusieurs égards, des contrats obligatoires ordinaires. Ainsi le débiteur ne paye pas d'intérêts (*k*). S'il tombe dans la misère, il a ce qu'on appelle le *beneficium competentiæ*, et, de plus, il peut faire entrer en ligne de compte ses autres dettes pour établir son insolvabilité (*l*). Si la chose promise vient à périr ou à s'endommager, il n'est tenu que du *dolus* et de la négligence grave (*m*); il n'est également tenu de garantir le donataire contre l'éviction et les actions édiliciennes qu'en cas de *dolus* (*n*).

(*i*) La protection spéciale et exceptionnelle accordée aux héritiers pour les garantir contre l'exagération de la promesse nous montre que ce cas ne doit pas être traité suivant les règles de la *donatio*. L. 6, pr.; L. 9; L. 14, de pollic. (L. 12). Ensuite on peut exiger des intérêts moratoires (L. 1, pr. eod.), ce qui n'a pas lieu pour la donation.

(*k*) L. 22, de don. (XXXIX, 5).

(*l*) L. 12; L. 33, pr. de don. (XXXIX, 5); L. 19, § 1; L. 30; L. 41, § 2, de re jud. (XLII, 1); L. 33, de j. dot. (XXIII, 3).

(*m*) D'après le principe général établi par la L. 5, § 2, commod. (XIII, 6), et la L. 108, § 12, de leg. 1 (XXX, un.). Si dans ces deux textes la règle n'est posée que pour les contrats et même pour les contrats de bonne foi, cela n'empêche pas l'application que j'en fais ici; car dans la L. 108 cit. nous voyons la règle appliquée aux legs par analogie; et quant aux promesses de donation, l'analogie est encore plus directe.

(*n*) L. 18, § 3, de don. (XXXIX, 5); L. 62, de ædil. ed. (XXI, 1). Même en cas de *dolus* il ne peut être question, comme

On peut encore effectuer une donation en acceptant une dette d'une manière indirecte : quand, par exemple, on renonce sciemment à une exception qui protége contre une action intentée (*o*); quand par toute autre voie indirecte on se laisse condamner volontairement, ou que l'on avoue *in jure* une dette supposée (*p*).

La seconde espèce de donation opérée au moyen d'une obligation est celle où le donataire acquiert une créance contre un tiers.

La créance peut être donnée au moment même de sa constitution. Ainsi, quand un individu prête son argent, mais au nom de celui qu'il veut gratifier, soit que ce dernier se fasse promettre le payement par un acte spécial, soit que la chose ait été convenue d'avance avec le donateur, et alors cette convention équivaut à un *constitutum* qui aurait transmis au donataire la

dans le contrat de vente, de réclamer la diminution ou la restitution du prix, etc., puisqu'il n'y a pas de prix, mais seulement les sommes dépensées par le donataire à l'occasion de la chose donnée, et qui sans cela le constitueraient plus pauvre qu'avant la donation.

(*o*) L. 12, de novat. (XLVI, 2) : « ... similis videbitur ei qui donat, quoniam remittere exceptionem videtur. »

(*p*) L. 1, § 7, si quid in fraud. (XXXVIII, 5) : « Si quidem condemnatus est data opera, vel in jure confessus, dicendum erit Favianam locum habere. » Ce qui motive ici l'application de la *Faviana* doit être considéré comme donation, lorsque dans d'autres cas cela se fait pour enrichir l'adversaire.

propriété de l'argent (*q*). Ainsi encore, quand un dépôt doit être restitué, non pas au déposant, mais à un tiers, le donataire, pourvu que celui-ci intervienne à l'acte de dépôt (*r*). La dot qu'un

(*q*) L. 34, pr. de don. (XXXIX, 5) : « Si pater emancipati filii nomine donationis animo pecuniam fœneravit, *eamque filius stipulatus* (*est*) ipso jure perfectam donationem, ambigi non potest. » Ce texte parle d'un accord entre le donataire et le débiteur. Si l'accord a lieu entre le donateur et le donataire (avec *constitutum possessorium*), la décision est la même. L. 2, § 4 ; L. 9, § 8, de reb. cred. (XII, 1). (Dans le dernier texte, les mots *absente te et ignorante* se rapportent au moment de la réalisation du contrat ; l'existence d'une *voluntas* antérieure est nécessairement supposée, comme le prouve le passage de Julien cité plus bas.) — Si le débiteur ne participe pas à ces diverses conventions, il n'y a pas encore de *perfecta donatio*, mais seulement indication de livrer, et la tradition que plus tard le débiteur fait au donataire complète la donation. L. 19, § 3, de don. (XXXIX, 5) (Cf. § 160, *o*). — On pourrait vouloir m'opposer la L. 35, § 2, de don. (XXXIX, 5). Cette loi porte qu'une aïeule avait donné son argent à titre de prêt pour son petit-fils Labéon. « Respondit, *cum debitor Labeoni obligatus est* (ou esset), perfectam donationem esse. » Cela signifie : la donation est parfaite lorsque Labéon a acquis une action contre le débiteur par une des voies indiquées plus haut. Ces mots *cum debitor*, etc., ont un sens restrictif et viennent ainsi confirmer la doctrine que j'établis.

(*r*) Dans la L. 31, § 3, de don. (XXXIX, 5), on dit en parlant d'un simple *depositum* fait au nom d'un tiers : « non videri celebratam donationem respondi. » Il en est autrement du *depositum* avec transfert de la propriété fait en présence du donataire, car ce cas est absolument semblable au prêt avec *constitutum possessorium* (note *q*). L. 31, § 1, eod. — On chercherait vainement une contradiction dans la L. 6, C. de don. int. vir. (V, 16) : « etsi donasse te uxori res tuas *ex hoc quis intelligat;* » car ici on reconnaît l'existence d'une donation véritable,

étranger donne ou promet au mari est spécialement un acte du même genre, car il y a toujours là une donation faite à la femme, qui acquiert contre son mari la *dotis actio* en cas de dissolution du mariage (*s*). — On pourrait se demander si, dans les exemples que je viens de citer, il n'y a pas simplement renonciation à une acquisition éventuelle, ce qui exclurait la donation (§ 145). Mais ici le donateur fait tout ce qui est nécessaire pour acquérir une créance; s'il la transmet immédiatement au donataire, ce n'est qu'un moyen d'abréger la transaction, et il obtient précisément le même résultat que s'il avait d'abord acquis, puis cédé la créance (§ 148, *a*). — Le mandat *donationis causa* de promettre quelque chose à un tiers donataire constitue une donation du même genre; seulement le mandataire a pour se faire indemniser par le donateur une *mandati actio contraria* (*s*[1]).

mais on la déclare inutile à cause de la prohibition absolue des donations entre époux.

(*s*) L. 9, § 1; L. 33, in f.; L. 43, § 1, de j. dot. (XXIII, 3); L. 5, § 5, de doli exc. (XLIV, 4); L. un., § 13, C. de rei. ux. act. (V, 13). Les modifications nombreuses apportées ici au régime de l'insinuation par faveur spéciale pour la dot, loin de rendre douteux le caractère général de la donation, ne font que le confirmer. — Il y a également donation dans le cas inverse, celui où la femme se constitue une dot, et par libéralité pour un tiers lui permet d'en stipuler la restitution. L. 11, de dote præleg. (XXXIII, 4).

(*s*[1]) L. 52, § 1, de don. int. vir. (XXIV, 1): « Uxor viro fruc-

D'un autre côté, la créance peut exister antérieurement et devenir la matière d'une donation. — Cela peut s'opérer au moyen d'une cession qui prend alors le caractère d'une donation véritable (*t*). La délégation est un moyen encore plus efficace ; le créancier qui veut gratifier un tiers charge son débiteur de s'engager (*expromittere*) envers ce tiers (*u*). Cette délégation est réellement une donation faite à ce tiers par le créancier primitif (*v*).

tum fundi ab herede suo dari, quod si datus non fuisset certam pecuniam mortis causa promitti curavit : defuncto viro viva muliere stipulatio solvitur. » Ici la femme avait donné le mandat à son héritier (présomptif). Si plus tard celui-ci devient effectivement héritier, la *mandati actio* se trouve éteinte par la *confusio*. Si, au contraire, il ne devient pas héritier, par exemple s'il renonce à la succession, il peut diriger cette action contre l'héritier, quand le prédécès de la femme a confirmé la donation.

(*t*) L. 2-3, C. de don. (VIII, 54). D'après les principes généraux sur la cession, la créance cédée ne passait aux héritiers du donataire que si la *litiscontestatio* avait été engagée ; la L. 33, C. de don. (VIII, 54) fait à cette règle une exception spéciale en faveur du donataire. Depuis la L. 35, C. eod., qui a attaché une action à toute promesse de donation en général, cette exception est devenue inutile. En effet, la cession nécessaire engendre même sans *litiscontestatio* une *utilis actio* qui passe toujours aux héritiers.

(*u*) L. 2, § 1, de don. (XXXIX, 5) ; L. 11, C. eod. (VIII, 54). — C'est à la délégation et à la cession que se rapporte ce texte des Fragm. Vatic., § 263 : « ... nec interpositis delegationibus, aut inchoatis litibus, actiones novavit... »

(*v*) L. 21, § 1, de don. (XXXIX, 5). Cf. Appendice X, num. VII.

Voici un cas plus compliqué. Si A veut gratifier B, et B veut gratifier C d'une somme de 1,000 écus, et que B charge A de promettre à C les 1,000 écus, il y a alors donation de A à B et de B à C, mais non de A à C, les seuls précisément entre lesquels existe le rapport de débiteur et de créancier (*w*).

Celui qui se rend caution ne fait pas une donation au créancier, car celui-ci ne reçoit aucune augmentation dans ses biens, mais seulement une garantie contre une perte éventuelle (§ 149, *d*).

§CLVIII. — *Donation.* — *Actes juridiques divers.* 3. *Liberare.*

Toute libération d'une dette enrichit le débiteur (*a*). Si donc la libération renferme les autres éléments de la donation, elle constitue une donation véritable. Le montant de la donation est toujours égal à celui de la dette quand même le débiteur serait insolvable (*b*). Quoique la libéra-

(*w*) L. 2, § 2; L. 33, § 3, de don. (XXXIX, 5); L. 41, pr. de re jud. (XLII, 1). Si donc C intente contre A une action fondée sur une promesse, A ne peut invoquer le *beneficium competentiæ*.

(*a*) L. 115, pr. de R. J. (L. 17); L. 20, quod metus (IV, 2); L. 11, pr. de acceptil. (XLVI, 4).

(*b*) L. 31, § 1, 4, de mortis causa don. (XXXIX, 6); L. 22,

tion d'une dette destinée à n'être jamais payée semble chose indifférente, l'augmentation de biens n'en existe pas moins. En effet, non-seulement les biens représentent une quantité toujours indéterminée, mais leur valeur totale peut encore être positive ou négative. Si donc les biens se réduisent à une valeur négative, la diminution du *minus* est, en droit, un changement identique à l'augmentation du *plus* pour une valeur positive.

La créance faisant l'objet de la donation peut appartenir au donateur lui-même ou à un tiers.

Si la créance appartient au donateur, la donation s'effectue ordinairement, et de la manière la plus simple, par un contrat. Chez les Romains, ce contrat pouvait être une acceptilation aussi bien qu'un simple pacte. Ici, comme ailleurs, l'acceptilation est la voie la plus efficace (*c*), mais, pour valoir comme donation, il faut que la demande soit fondée en droit; si donc elle pouvait être repoussée par une exception, et si l'acceptilation n'est employée que comme moyen d'éteindre l'apparence d'une dette, il n'y a pas de donation, car le débiteur ne se trouve pas enrichi (*d*).

§ 3; L. 82, ad L. Falcid. (XXXV, 2): « ipse sibi solvendo videtur, et, quod ad se attinet, dives est. »

(*c*) L. 17, de don. (XXXIX, 5); L. 2, C. de acceptil. (VIII, 44).

(*d*) Cf. § 149. — Ce cas est exposé d'une manière complète

Même chez les Romains, le simple pacte pouvait valoir comme donation s'il opérait en réalité la libération (*e*). Ordinairement la libération n'avait lieu que *per exceptionem*, et cela suffisait. Dans certains cas exceptionnels elle avait lieu *ipso jure* (*f*), et dans le droit actuel telle est la règle générale. — La remise de la dette peut encore s'opérer tacitement, c'est-à-dire par des actes qui établissent évidemment l'intention des parties (*g*). — La renonciation faite par le créan-

dans la L. 3, de cond. sine causa (XII, 7); L. 2, § 3, de doli exc. (XLIV, 4).

(*e*) L. 1, de transact. (II, 15): « Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit : qui vero *paciscitur donationis causa*, rem certam et indubitatam *liberalitate remittit.* » Ces mots *donationis causa* se rapportent comme détermination restrictive à *paciscitur*; ainsi donc *pactum* est le genre dont les différentes espèces sont la transaction et la remise de la dette à titre de donation. (Cf. L. 2, eod.; Bartolus, sur la L. 1 citée, et d'après lui plusieurs autres auteurs. Néanmoins la virgule est placée à tort après *paciscitur*, même dans des éditions très-modernes.) La distinction établie ici est fondée sur l'essence même des choses; et alors même que les parties auraient employé par erreur le mot *donatio*, cela ne change rien à la réalité du contrat. (Cl. L. 15, § 4, locati, XIX, 2.) — L. 1, § 1, quib. mod. pign. (XX, 6); L. 28, § 2, de pactis (II, 14); L. 52, § 26, de furtis (XLVII, 2); L. 15, pr. ad L. Falc. (XXXV, 2).

(*f*) L. 17, § 1; L. 27, § 2, de pactis (II, 14); L. 17, § 6, de injur. (XLVII, 10).

(*g*) Ainsi, cela se fait souvent au moyen de la remise du titre. L. 2, § 1, de pactis (II, 14) (Cf. § 131). Quelquefois l'on admet un semblable contrat par voie d'interprétation. Voy. L. 17, § 1, de usur. (XXII, 1); L. 26, de prob. (XXII, 3). Ces textes ne

cier seul ne vaudrait ni comme donation, ni comme remise de la dette, mais acceptée par le débiteur elle devient un contrat et a les effets énumérés plus haut. Tant que l'acceptation n'est pas intervenue, la renonciation peut toujours être révoquée, et la révocation résulte non-seulement d'une citation en justice, mais même d'une demande extrajudiciaire (*h*). — La déclaration faite par le créancier que le débiteur ne lui doit rien, qu'il a tout payé, a un caractère équivoque; elle peut, suivant les circonstances, être considérée comme remise de la dette ou comme simple quittance, et dans ce dernier cas elle est nulle si on établit qu'elle a été donnée par erreur (*i*). — La décharge accordée à la caution par le créancier n'est pas une donation véritable, car si le cautionnement n'enrichit pas le créancier

font que décider des cas de conscience, et c'est à tort que l'on a voulu en tirer des règles de droit, ou les opposer à d'autres règles du droit.

(*h*) Cette question est traitée avec beaucoup de profondeur dans Meyerfeld, I, p. 208. Plusieurs praticiens soutiennent l'opinion contraire. Cf. Kind, Quæst. for., t. IV, c. 59. — On pourrait m'opposer la L. 18, § 2, de m. c. don. (XXXIX, 6), et la L. 28, eod. Cf., sur ces textes, § 170, *cc*.

(*i*) L. 40, pr. de pactis (II, 14); L. 6; L. 13, C. de solut. (VIII, 43). On peut opposer la *condictio indebiti* contre l'*acceptilatio* même, si elle a été faite par erreur. Cette *condictio* est inutile dans le cas d'une simple quittance, car ce n'est pas là un acte juridique, mais un moyen de preuve.

(§ 149, *d*), sa remise ne l'appauvrit pas, et dès lors ne constitue pas une donation.

La libération du débiteur, quand le donateur est le créancier, peut encore s'opérer indirectement et sans contrat. Si, par exemple, le créancier fait une demande en justice, mais dirige la procédure de manière que sa demande doive être rejetée (*k*). De même, lorsque, sans engager de discussion, il reconnaît en justice que son adversaire ne lui doit rien (*l*).

Dans les différents cas que je viens d'énumérer, la dette dont le débiteur se trouve libéré existait réellement avant le donation. Mais la donation peut aussi avoir lieu de telle manière que la dette soit éteinte dès son origine, et dès lors n'ait jamais existé. Celui qui, sans avoir reçu de mandat, prend soin des affaires d'autrui, acquiert une *actio negotiorum gestorum contraria* pour le

(*k*) L. 5, § 7, de don. int. vir. (XXIV, 1); L. 3, § 1, quæ in fraud. (XLII, 8); L. 1, § 7, si quid in fraud. (XXXVIII, 5). — Si cela a lieu entre époux, le jugement n'en est pas moins valable, mais l'époux créancier a une condiction pour recouvrer la valeur de sa créance. L. 5, § 7, cit.

(*l*) L. 29, § 1, de don. (XXXIX, 5). — Il ne faut pas rapporter à cette espèce de donations plusieurs textes où le mot *donare* est employé d'une manière très-impropre en parlant de la libération opérée par le préteur ou par un avocat, c'est-à-dire par des personnes qui ne font aucun sacrifice personnel. L. 8, § 17, de transact. (II, 15); L. 212, de V. S. (L. 16). — Sur la libération résultant d'une prescription que le créancier laisse accomplir, voy. Appendice IX.

remboursement de ses dépenses. Mais s'il agit dans l'intention de gratifier celui dont il soutient les intérêts, cette obligation ne prend pas naissance. Il y a alors une donation effectuée par la libération d'une dette non contractée, mais qui l'aurait été sans cette intention bienveillante. La même chose arrive quand on cultive gratuitement les terres d'un autre, c'est-à-dire dans l'intention de lui donner la semence et les frais de culture, ou quand on bâtit une maison sur le terrain d'autrui, dans l'intention de donner au propriétaire du terrain les matériaux et la main-d'œuvre (*m*).

Enfin, la créance qui forme la matière de la donation peut appartenir à un autre qu'au donateur.

Quand on paye la dette d'un tiers, celui-ci est libéré, soit que l'on ait agi sans mandat de sa part, à son insu, ou même contre sa volonté (*n*). Si à ce fait se joint l'intention d'enrichir le débiteur, il y a donation véritable (*o*). — On peut aussi éteindre la dette d'un tiers, non-seulement en la payant, mais en la prenant pour son compte

(*m*) L. 14, de don. (XXXIX, 5); L. 2, in f. C. de rei vind. (III, 32).

(*n*) L. 23, de solut. (XLVI. 3).

(*o*) L. 7, § 7; L. 50, pr. de don. int. vir. (XXIV, 1); L. 12, C. de neg. gestis (II, 19). — Même quand la dette est simplement une *naturalis obligatio*. L. 9, § 1, de Sc. Maced. (XIV, 6).

(*expromittendo*), et cela même à l'insu et sans le consentement du débiteur (*p*). Il y a alors une donation faite par celui qui accepte la dette au débiteur, et non au créancier (*q*). Pour arriver à ce résultat, le donateur peut encore charger son débiteur A de s'engager envers B, créancier du donataire. Il y a alors novation des deux anciennes dettes, sans aucune donation entre A et B, et l'enrichissement du donataire résulte, comme dans le cas précédent, de sa libération. — On peut encore effectuer une donation de cette espèce en acceptant pour son propre compte les poursuites dirigées contre le débiteur (*r*). — Enfin, on arrive au même but en se portant caution. Cet acte ne constitue jamais une donation au profit du créancier, car ce n'est pas là un accroissement de richesse, mais une nouvelle garantie de sa créance. Il y a une donation éventuelle au profit du débiteur si la caution se

(*p*) L. 91, de solut. (XLVI, 3); L. 8, in f. de novat. (XLVI, 2); L. 13, § 10, de acceptil. (XLVI, 4).

(*q*) L. 21, pr. de don. (XXXIX, 5); L. 5, § 5, de doli except. (XLIV, 4); L. 33, de novat. (XLVI, 2). (Cf. Appendice X, num. VI, VII.) Sans doute il en est de même dans le cas qui précède, celui du payement; mais dans le cas de l'*expromissio* la méprise est plus facile, parce qu'ici il y a un rapport de droit qui persiste entre l'auteur de l'*expromissio* et le créancier.

(*r*) L. 23, de solut. (XLVI, 3) : « ... vel judicium pro nobis accipiendo, » ce qui se trouve ici placé sur la même ligne que le payement comme moyen de libération.

propose de ne jamais exercer de recours contre lui (*s*); mais il faut pour cela que la caution vienne à payer la dette, et voilà en quoi ce cas diffère des précédents où la donation n'était nullement éventuelle.

Dans tous ces exemples de libération d'un tiers il y a toujours extinction d'une créance appartenant au donateur. En effet, celui qui paye, s'oblige ou fournit caution pour un autre, peut agir comme mandataire, comme *negotiorum gestor*, ou bien en vue de donner (*t*). Dans les deux premiers cas il n'y a point de donation, car celui qui libère ainsi le débiteur a toujours son recours contre lui. La donation n'existe qu'en cas de renonciation à ce recours, c'est-à-dire quand le donateur fait l'abandon de sa créance.

Ici l'on peut encore se demander si le donateur, au lieu de sacrifier un droit acquis, ne sacrifie pas l'aquisition d'un droit nouveau, ce qui serait contraire à une des conditions essentielles de la donation. Pour répondre à cette objection je renvoie à ce que j'ai dit plus haut (§ 157) sur les donations obligatoires.

On a vu que la donation pouvait résulter d'un acte juridique passé avec un tiers; ainsi, quand

(*s*) L. 6, § 2, mand. (XVII, 1); L. 4, de neg. gestis (III, 5); L. 32, de pactis (II, 14); L. 1, § 19, si quid in fraud. (XXXVIII, 5); L. 9, § 3, de Sc. Maced. (XIV, 6). — Cf. § 149, *d*.

(*t*) L. 6, § 2, mand. (XVII, 1); L. 4, de neg. gestis (III, 5).

le donateur donne la chose d'autrui avec le consentement du propriétaire (§ 156, *b*), quand le donataire acquiert une créance sur un tiers (§ 157), ou est libéré d'une dette payée ou acceptée par le donateur (§ 158), la validité de ces donations au moyen de personnes intermédiaires est généralement reconnue (*u*). A la vérité, ces personnes ne figurent jamais ni comme donateurs ni comme donataires, mais seulement comme intermédiaires d'une donation effectuée par d'autres. Maintenant il s'agit de savoir si les prohibitions et les nullités prononcées par le droit positif en matière de donations atteignent également l'acte juridique passé avec ces personnes intermédiaires. Je traiterai cette question dans l'appendice X.

§ CLIX. — V. *Donation.* — *Actes juridiques divers. 4. Donation universelle.*

Jusqu'ici je n'ai parlé de la donation que comme s'appliquant à un droit déterminé faisant partie des biens, mais elle peut aussi embrasser l'universalité des biens, c'est-à-dire la totalité des droits dont ils se composent, et cette extension appelle quelques considérations particulières (*a*).

(*u*) L. 4, de don. (XXXIX, 5) : « Etiam per interpositam personam donatio consummari potest. »

(*a*) Meyerfeld, II, § 21, traite de ce cas avec détails.

— Le caractère spécial de la donation universelle peut se montrer sous différentes formes, et d'abord de la manière la plus simple, quand il y a abandon de la totalité des biens sans aucune exception. Mais la donation universelle peut aussi n'affecter qu'une certaine quotité des biens; elle peut aussi avoir lieu avec l'exclusion de certains objets (*b*), avec réserve d'usufruit, ou avec obligation imposée au donataire de fournir des aliments au donateur, ce qui est un *modus* de la donation.

Dans l'ancien droit se présentait une difficulté : les formes ordinaires de la donation, la mancipation et la tradition, s'appliquaient seulement à des choses déterminées, et non à l'ensemble des biens considéré comme unité idéale. Aussi voyons-nous dans plusieurs textes que les biens doivent être cédés séparément, et que la donation de leur ensemble est nulle (*c*). Cette nullité frappe notamment la donation faite sous l'appa-

(*b*) Ce cas est mentionné dans la L. 37, § 3, de leg. 3 (XXXII, un.).

(*c*) Les textes principaux sont : Fragm. Vatic., § 263, Cod. Hermog., VII, 1, ed. Hänel (autrefois VI, 1, texte qui se trouve interpolé dans la L. 11, C. de don., VIII, 54. Cf. Meyerfeld, p. 9.) — On trouve des exemples de traditions individuelles (autrefois de mancipations ou de cessions) dans la L. 42, pr. de m. c. don. (XXXIX, 6); L. 37, § 3, de leg. 3 (XXXII, un.).

rence d'une vente (*d*). La difficulté n'existe pas en droit Justinien, car il est dit formellement que la donation universelle peut résulter d'un simple pacte, et que ce pacte oblige le donateur (*e*). De plus, Justinien reconnaît en général la validité de la tradition qui s'opère par la réserve de l'usufruit (§ 155, *g*). Si néanmoins on veut employer cette dernière forme pour une donation universelle, il faut désigner nominativement tous les biens, la possession ne pouvant s'appliquer à une unité idéale, et le possesseur devant diriger sa volonté vers chacun des objets dont il prétend acquérir la possession.

Mais le rapport de droit que constitue la donation universelle est en soi indépendant de cette difficulté de forme et de ce changement apporté aux principes du droit romain; ainsi, la donation universelle ne doit jamais être, comme succession *per universitatem*, assimilée à une hérédité (§ 105); c'est là une règle importante qui domine toute la matière et n'a jamais varié. La première conséquence de cette règle est que les différents droits de propriété doivent être livrés spécialement; mais on a vu tout à l'heure le moyen de faciliter cette tradition. La seconde, que les diverses créances doivent être cédées

(*d*) Cod. Hermog., VII, 2 (autrefois VI, 2). Voy. plus haut, § 154, *c*.

(*e*) L. 35, § 4, C. de don., VIII, 51.

nominativement. Ici point de difficulté, car le donataire peut exiger la cession de chaque créance, et même sans aucune cession intenter une *utilis actio* (§ 157, *t*). Mais la troisième conséquence est beaucoup plus grave; le donataire n'étant pas obligé envers les créanciers du donateur, ceux-ci n'ont contre lui aucun recours, tandis que le donateur n'a plus rien pour les satisfaire. Si l'acte de donation ne renferme aucune convention à cet égard, on suppose naturellement que le donataire a pris l'engagement tacite d'acquitter toutes les dettes et de se substituer au donateur vis-à-vis des créanciers (*f*). Cette présomption est fondée sur la nature même de l'universalité des biens, qui forme l'objet de la donation, car on entend par là l'ensemble des droits appartenant à un individu, déduction faite des dettes (*g*).

(*f*) L. 72, pr. de j. dot. (XXIII, 3). Ce texte ne parle pas directement d'une donation, mais d'une dot qu'une femme se constitue sur la totalité de ses biens. Là-dessus on dit que le mari, n'étant pas assimilé à un héritier, ne peut être poursuivi par les créanciers : « sed non plus esse *in promissione bonorum*, quam uod superest deducto ære alieno. » Sans doute la dot constituée par la femme n'est pas une donation, mais la position du mari vis-à-vis des créanciers est absolument la même que celle d'un donataire. En effet, ces deux cas reposent sur une *promissio bonorum*, et l'interprétation d'une semblable *promissio*, que Paul établit ici pour une dot, doit être également appliquée à une donation.

(*g*) L. 39, § 1, de V. S. (L. 16); L. 69, ad L. Falc. (XXXV,

Voici les moyens de faire exécuter cette obligation dans un cas qui a beaucoup d'analogie avec le précédent. Si le donateur n'a pas donné la totalité de ses biens, mais, par exemple, un immeuble qui en forme la majeure partie, alors il n'y a pas acceptation tacite des dettes, il faut une convention formelle à cet égard; si la convention existe, le donateur a pour la faire exécuter une *actio præscriptis verbis;* il peut, suivant les circonstances, se faire restituer l'immeuble en vertu d'une condiction (*h*). Le donateur est évidemment en droit de céder ces actions aux créanciers, qui peuvent les exercer directement. S'il n'oppose aux poursuites de ses créanciers qu'une impossibilité d'exécution, motivée par sa pauvreté, ceux-ci peuvent le contraindre à céder ces actions, qui sont elles-mêmes des biens importants, et ils obtiennent ainsi par cette voie indirecte un recours efficace contre le donataire. Si l'immeuble n'a pas encore été livré, et que le donataire réclame l'exécution de la donation, le donateur a ces mêmes actions comme moyens de défense, et il peut les faire

2); L. 11, de j. fisci (XLIX, 14); L. 8, § 4, C. de bon. quæ lib. (VI, 61). — On dit en outre expressément que les expressions *bona* et *res* sont ici synonymes. L. 43, de usu leg. (XXXIII, 2).

(*h*) L. 15, 22, C. de don. (VIII, 54); L. 2, C. de cond. ob caus. (IV, 6).

valoir par *doli exceptio*. Ce droit est une conséquence immédiate de son *beneficium competentiæ,* qu'il peut établir en faisant d'abord l'imputation de ses dettes (*i*); ici l'imputation des dettes est admise directement.

Tout ce que j'ai dit jusqu'ici repose sur l'existence d'un contrat tacite, et par conséquent sur une interprétation de volonté. Mais il ne peut plus être question de contrat tacite quand il est dit expressément que le donataire ne sera pas tenu des dettes. On comprend qu'une semblable injustice ne saurait être permise. Le cas analogue cité plus haut nous fournit également les moyens d'y remédier. Quand un individu donne par voie de tradition les différentes choses dont ses biens se composent, sans parler de ses dettes, le donataire n'en est pas tenu directement (note *h*). Si l'aliénation était faite en vue de frauder les créanciers, ceux-ci ont contre l'acquéreur la *Pauliana actio*, sans avoir à discuter la question de complicité, précisément parce qu'il s'agit d'une donation (§ 145, *d*). La mauvaise foi du donateur s'implique de soi-même et n'a pas besoin d'être établie dès qu'il avait connaissance des dettes (*k*).

(*i*) L. 12, de don. (XXXIX, 5) : « ... in quantum facere potest, convenitur : *sed enim id, quod creditoribus debetur, erit detrahendum...* »

(*k*) L. 17, § 1, quæ in fraud. (XLII, 8) : « ... universas res suas *tradidit*, » c'est-à-dire les divers objets composant son

Cette décision s'applique à plus forte raison au cas où il s'agit, non de la donation d'une chose déterminée, mais de l'universalité des biens, et où le donataire est déclaré libre de toute obligation envers les créanciers. En effet, la mauvaise foi est alors tellement évidente, que le donataire lui-même ne peut l'ignorer. Les créanciers peuvent donc exercer contre lui la *Pauliana actio*, et celui-ci doit restituer la donation jusqu'à concurrence du montant des dettes (*l*).

Inutile de dire que cette règle s'applique uniquement aux dettes qui existaient à l'époque de la donation. Les dettes comme les acquisitions postérieures du donateur sont également en dehors de la donation qui nous occupe, celle des biens présents.

Ces règles trouvent encore leur application quand il s'agit, non de la donation des biens présents, mais d'une hérédité. Les biens sont alors ceux que possédait le défunt à l'époque de sa mort (*m*). On suppose naturellement que le

patrimoine, ainsi que cela devait toujours se faire d'après l'ancien droit (note *c*). Ici on lit au sujet de ce cas : « qui creditores habere se scit, et universa bona sua alienavit, *intelligendus est fraudandorum creditorum consilium habuisse.* »

(*l*) Ce *dolus* n'existe pas, et cela s'entend de soi-même si la donation ne comprend qu'une partie du patrimoine, ou si l'on excepte de la donation une quantité de biens suffisante pour acquitter les dettes.

(*m*) L. 24, de V. S. (L. 16), et plusieurs autres textes.

donataire a pris l'obligation tacite d'acquitter les dettes de la succession (*n*). Ici, néanmoins, l'expression d'une clause contraire n'impliquerait pas nécessairement l'intention de frauder les créanciers, car un donateur riche peut vouloir payer les dettes de la succession sur ses biens propres. — La succession d'une personne encore vivante ne peut être donnée valablement qu'avec le consentement de cette personne (*o*) ; à défaut de ce consentement, le donateur est puni par la confiscation de la succession, quand plus tard elle lui échoit (*p*).

(*n*) L. 28, de don. (XXXIX, 5) : « Hereditatem pater... filiæ... donavit... cogendam eam per actionem præscriptis verbis patrem adversus eos (creditores) defendere. » On s'étonne que Papinien n'hésite pas à regarder comme efficace la donation d'une hérédité, tandis que la donation d'un patrimoine semblait chose si délicate (note *c*). Cela tenait aux principes de l'ancien droit, qui permettaient à tout héritier de transmettre, par *in jure cessio*, une hérédité acquise, et alors se présentait un résultat singulier : la propriété était transmise *per universitatem*, et, les actions des créanciers éteintes, les dettes restaient à la charge de l'héritier cédant; or voilà précisément ce que Papinien suppose ici. Gaius, II, § 35, 36, III, § 85, 86; Ulpian., XIX, § 13, 14. Quelques traces de cette doctrine ont été conservées par inadvertance dans le Digeste. L. 4, § 28, de doli exc. (XLIV, 4).

(*o*) L. 30, C. de pactis (II, 3); Hasse, Rhein. Museum, vol. II, p. 149-241, 300-366, prétend que cette règle est encore applicable aujourd'hui. Eichhorn, Deutsches Privatrecht, § 341, soutient l'opinion contraire.

(*p*) L. 29, § 2, de don. (XXXIX, 5); L. 2, § 3, de his quæ ut ind. (XXXIV, 9).

Il me reste à parler du cas où la donation comprend, non-seulement les biens présents, mais aussi les biens à venir. En droit romain, un pareil acte est, suivant moi, radicalement nul, car ce n'est en réalité qu'un contrat déguisé relatif à une succession, et par lequel le donateur s'interdit pour l'avenir toute disposition efficace de ses biens. En effet, il renonce, non-seulement au droit de tester, mais à la faculté de laisser son patrimoine à ses héritiers naturels; en un mot, il abandonne toute influence sur la destinée ultérieure de ses biens, et voilà pourquoi le droit romain n'admet pas de contrat relatif à une succession (*q*). Vainement dirait-on que cela ne constitue pas une succession universelle, car le donataire en recueillerait sous une autre forme (*r*) tous les avantages, et tel est précisément le caractère de tout acte destiné à éluder une règle du droit positif. On a objecté qu'un héritier testamentaire pourrait consentir à accepter la succession, et remettre ensuite les biens au donataire. D'abord on trouverait difficilement

(*q*) La plupart des anciens auteurs, malgré leurs doutes sur la théorie, s'accordent à nier dans la pratique la validité d'un pareil contrat. Giphanius lect. Altorf., p. 208, 209, N. 38, 44; Carpzov., P. 2, Const. 12, def. 26; Schilter, exerc. 43, § 19.

(*r*) Cela pourrait se comparer au fidéicommis universel, tel qu'on l'envisageait avant le Sc. Trebellianum (Gaius, II, § 252), c'est-à-dire sans prélèvement du quart. Mais les Romains reconnurent bientôt le vice de cette règle appliquée à l'universalité des biens.

quelqu'un pour courir gratuitement les chances d'une semblable acceptation, et d'ailleurs cela ne satisferait nullement à l'esprit de la règle, car l'héritier ne serait héritier que de nom, et devrait être assimilé par le fait à un exécuteur testamentaire. On a dit encore que cette donation, non-seulement admettait, mais impliquait nécessairement la présence d'un héritier véritable, que, sans lui, la donation ne saurait s'effectuer, car la tradition ne peut avoir lieu qu'après la mort du donateur (*s*). Cet argument n'est pas soutenable; si la donation est valable, le donataire devient créancier du donateur, et peut faire valoir ses droits après la mort de son débiteur, qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas d'héritier. En l'absence de tout héritier, le créancier atteint son but par une *missio in possessionem* de la succession vacante (*t*).

Je ne saurais non plus admettre qu'on puisse valider un pareil acte en le restreignant à la donation des biens présents. Celle-ci n'est certainement pas frappée de prohibition, car, vu la possibilité d'acquisitions postérieures, une succession véritable peut très-bien subsister, indépendante de la donation : mais il ne s'ensuit pas du tout qu'on puisse recourir à une semblable transfor-

(*s*) Faber, Error. Pragm., XLVIII, 6, num. 5.
(*t*) L. 4, de reb. auct. jud. (XLII, 5).

mation. La différence entre ces deux actes n'est pas seulement de quotité (*u*); ils diffèrent dans leur essence et dans l'intention du donateur; il faut lui attribuer, pour maintenir la donation, une volonté tout autre que la sienne. On pourrait prétendre également que pour valider un testament fait devant six témoins il suffit de le transformer en codicille; mais on sait que sans la volonté réelle du testateur, la clause codicillaire (*v*), cette transformation est inadmissible. — Mais la donation d'une quote-part des biens présents et à venir est certainement valable, car pour la portion réservée il existe une succession véritable et efficace. De même la *mortis causa donatio* peut être universelle, car son caractère de révocabilité l'assimile à un acte de dernière volonté.

Tout en soutenant la nullité, d'après le droit romain, de la donation des biens présents et à venir, je partage l'opinion des auteurs modernes, qui regardent cette donation comme permise par le droit actuel (*w*). Seulement il ne faut pas invoquer le droit romain. La donation est valable comme contrat relatif à une succession, contrat

(*u*) Ainsi une donation de 800 ducats, faite sans insinuation, est certainement valable pour 500, et nulle pour 300.

(*v*) L. 1, de j. codicill. (XXIX, 7); L. 3, de test. mil. (XXIX, 1).

(*w*) Kind, Quæst. for., T. II, C. 63; Meyerfeld, II, p. 13-17.

reconnu par le droit allemand. Si les anciens praticiens expriment une opinion contraire (note *q*), cela tient à la controverse, longtemps agitée, sur la validité de cette espèce de contrat, et à la confusion générale des idées sur les différents cas compris dans cette espèce (*x*).

§ CLX. — V. *Donation. — Sa nature de contrat.*

Pour résoudre la grave question de savoir si en général la donation doit être regardée comme un contrat, j'ai dû passer en revue les différents actes juridiques où la donation est susceptible de se montrer. Dans les cas les plus nombreux et les plus importants, quand elle résulte d'une tradition, d'une promesse ou d'une libération, le caractère de contrat n'est pas douteux. Mais il est des cas où ce caractère manque absolument, c'est-à-dire où il n'est pas nécessaire que le donataire ait connaissance du fait qui l'enrichit et prête son consentement; d'où il résulte que même dans les cas où la donation nous apparaît comme un contrat, cela ne tient pas à son essence, mais à la nature spéciale des actes juridiques qui servent à la réaliser.

Il s'agit maintenant de justifier ce principe par

(*x*) Eichhorn, Deutsches Privatrecht, § 341.

l'exposé des actes juridiques qui renferment une donation véritable sans le consentement du donataire (*a*). — Souvent le donataire ignore l'acte du donateur, et, n'ayant pas connaissance du fait qui l'enrichit, il ne peut le ratifier par son consentement. Je citerai, comme exemples, la dot constituée par un tiers, qui est une donation faite à la femme (§ 157, *s*); la libération d'un débiteur résultant d'une déchéance encourue volontairement, ou d'un aveu judiciaire (§ 158, *k*, *l*); les dépenses faites pour un autre avec intention de ne pas les réclamer (§ 158, *m*); la donation faite à un fils ou à un esclave, et qui revenait directement au père ou au maître (*b*); enfin, et c'est l'application la plus évidente, la libération d'un débiteur par suite d'un payement, d'une novation, ou d'un cautionnement fourni, quand cette libération a lieu dans l'intention de gratifier le débiteur (§ 158, *n*—*t*). Sans doute dans

(*a*) Meyerfeld, I, p. 37 sq., traite cette question avec détails.

(*b*) L. 10, de don. (XXXIX, 5) : « ... Sed si nescit rem.... sibi esse donatam... donatæ rei dominus non fit, etiamsi per servum ejus, cui donabatur, missa fuerit : *nisi ea mente servo ejus data fuerit, ut statim ejus fiat.* » Ainsi dans ce dernier cas la donation était parfaite même à l'insu du donataire. Il en était sans doute de même d'une donation faite à un fils sous la puissance paternelle. Pour ce dernier cas, le droit Justinien donne en partie le même résultat : le fils acquiert la propriété et le père l'usufruit ; ce qui est aussi une donation. Voy. surtout Meyerfeld, I, p, 38.

tous ces cas le donataire peut avoir connaissance de la libéralité, et c'est ce qui arrive le plus ordinairement. Mais, en droit, cette circonstance accidentelle est tout à fait indifférente; le consentement du donataire ne contribue en rien à la validité de l'acte, et la libéralité secrète a autant d'efficacité que si elle était convenue.

Quelquefois le donataire connaît l'acte du donateur, mais non comme un acte de libéralité, et la donation n'en existe pas moins. Ainsi, par exemple, lorsque quelqu'un vend sciemment une chose au-dessous de sa valeur pour enrichir celui qui l'achète, et que celui-ci ignore cette intention bienveillante (§ 152, *a*); quand on paye sciemment un *indebitum,* que le donataire croit une dette sérieuse (*c*).

Mais il ne faudrait pas ranger dans les cas de cette espèce l'abandon d'une créance, purement unilatéral (§ 158, *h*), ni l'intention non réalisée par un contrat de se constituer débiteur d'un autre (§ 157, *c*).

Plusieurs auteurs soutiennent, en opposition à ces principes, que l'acceptation du donataire est toujours indispensable pour la validité de la do-

(*c*) En effet, la *condictio indebiti* implique nécessairement l'erreur de celui qui paye; dès qu'il a connu le mal fondé de la demande, la condiction est inadmissible; quant au créancier, peu importe qu'il ait reçu avec ou sans connaissance de cause. Cf. § 149, et Appendice VIII, num. XXXVI, note *e*.

nation (*d*). Mais leur doctrine est susceptible d'une double signification, selon que l'on envisage la donation sous son côté positif ou sous son côté négatif. Dans la première hypothèse, le défaut d'acceptation entraînerait la nullité radicale de l'acte juridique; dans la seconde, au contraire, l'acte lui-même serait valable, mais il ne constituerait pas de donation, et dès lors il échapperait aux restrictions du droit positif. Ainsi, l'acte aurait dans un sens moins d'efficacité, et dans l'autre plus d'efficacité que je ne lui en attribue. Je vais tâcher de réfuter cette doctrine dans l'une et dans l'autre hypothèse, et à cette effet, parmi les exemples cités, je choisirai le plus simple et le plus évident, celui d'un individu qui paye une dette étrangère en vue d'enrichir le débiteur. Mes adversaires prétendent qu'il faut pour cela le consentement du débiteur; voyons donc quelles sont les conséquences possibles du défaut de son consentement.

D'abord le payement pourrait n'être pas valable, et dès lors ne pas opérer la libération du débiteur. Mais il n'en est point ainsi, car précisément dans ce cas un texte formel nous dit que le débiteur est libéré à son insu, et même contre sa

(*d*) Notamment Cujacius, Obss., XII, 28, et Consult. N, 43; de même tous les auteurs qui regardent la donation en général comme un contrat obligatoire (§ 142, *b*).

volonté (*e*). — Ensuite, l'acte pourrait être valable, mais ne pas constituer une donation ; dès lors il échapperait aux restrictions du droit positif, et, par exemple, il serait permis entre époux. Mais alors toutes les restrictions deviendraient illusoires ; car, pour valider une donation de son mari, il suffirait à la femme de faire des dettes que le mari payerait à son insu et sans sa participation, et la somme dont elle se trouverait enrichie, quoique équivalant à une donation directe, lui serait irrévocablement acquise. Mais, indépendamment de cette considération, il est reconnu expressément que le payement ou l'acceptation de la dette d'un époux faite par son conjoint rentre dans la prohibition générale (*f*). Ainsi donc, il résulte de là que les actes énumérés plus haut sont de véritables donations, bien qu'ils puissent s'effectuer à l'insu et sans le consentement du donataire.

Mais dans les cas plus nombreux où la donation résulte d'un acte juridique ayant la nature

(*e*) L. 23, de solut. (XLVI, 3) : « Solutione... et inviti et ignorantes liberari possumus. » La L. 91 eod. en dit autant de l'*expromissio*. Cela devient encore plus palpable quand il s'agit de dépenses faites par libéralité. Si, par exemple, quelqu'un cultive les terres d'un autre à l'insu de celui-ci (§ 158, *m*), il faudrait, pour réaliser l'opinion contraire, remettre les terres à l'état de non culture, ce qui est impossible.

(*f*) L. 7, § 7 ; L. 50, pr. de don. int. vir. (XXIV, 1) ; L. 5, § 4, eod.

d'un contrat, le consentement des deux parties est indispensable pour la validité de l'acte ; nommément à l'égard de la tradition (*g*).

Dans tous les cas de cette espèce, la première condition requise pour la validité de l'acte est donc la volonté du donateur, sans laquelle on ne saurait concevoir la libéralité, qui fait la base de toute donation. Si donc quelqu'un s'arrogeait de suppléer à cette volonté et de donner au nom d'un autre, l'acte serait entièrement nul (*h*). La forme de la manifestation de la volonté est déterminée par la nature particulière de l'acte ; le fait de la donation n'ajoute ni ne change rien aux prescriptions ordinaires (*i*).

La seconde condition requise est l'acceptation de la donation ou le consentement du donataire ; ce consentement n'est également assujetti à aucune forme déterminée, il peut être tacite ; et comme une donation est en général chose désirable, il s'induit aisément de toutes les circons-

(*g*) L. 55, de O. et A. (XLIV, 7) : « In omnibus rebus, *quæ dominium transferunt,* concurrat, oportet, affectus ex utraque parte contrahentium : nam sive ea venditio, *sive donatio*... fuit, nisi animus utriusque consenserit, perduci ad effectum id quod inchoatur non potest. »

(*h*) L. 7, 8, 10, C. de don. (VIII, 54). Cf. § 156, *a*.

(*i*) L. 6, 7, 13, C. de don. (VIII, 54). Quant à la forme spéciale exigée pour les donations importantes, l'insinuation, j'en parlerai plus bas. — Sur le consentement présumé, voy. Meyerfeld, I, p. 42, sq.

tances qui peuvent le faire supposer (*k*). Son refus positif empêche seul l'existence de la donation (*l*). Pendant le temps qui s'écoule entre la déclaration de volonté du donateur et l'acceptation du donataire, la donation reste imparfaite et en suspens (*m*); de sorte que le donateur peut rétracter sa déclaration, et tout se trouve annulé. Si, au moment de l'acceptation, il n'y a point eu de rétractation, la déclaration non révoquée du donateur vaut comme persistance de volonté : les deux parties ont voulu simultanément la donation, et la donation est parfaite. Si, au moment de l'acceptation, le donateur n'avait plus la capacité de vouloir, s'il était mort ou frappé d'aliénation mentale, la donation n'existe pas, car jamais il n'y a eu accord simultané de volonté entre les parties (*n*).

(*k*) Meyerfeld, I, p. 42, sq.

(*l*) L. 10, de don. (XXXIX, 5) : « ... si... missam sibi *non acceperit*, donatæ rei dominus non fit. » L. 19, § 2, eod. : « Non potest liberalitas nolenti adquiri. » Cette règle, exprimée en termes très-généraux, doit être restreinte aux cas dont je viens de parler, d'ailleurs les plus nombreux ; car, appliquée comme principe absolu à toute espèce de donations, elle se trouverait en contradiction directe avec d'autres textes très-précis.

(*m*) L. 10, de don. (XXXIX, 5) : « Sed *si nescit* rem, quæ apud se est, sibi esse donatam... donatæ rei dominus non fit, » c'est-à-dire pendant tout le temps que dure son ignorance, et jusqu'à ce qu'il ait accepté.

(*n*) L. 2, § 6, de don. (XXXIX, 5) : « Sed si quis donaturus mihi pecuniam dederit alicui, ut ad me perferret, et ante mor-

Voici des applications spéciales qui confirment cette dernière règle. Si je prête à Titius une somme d'argent en le chargeant de la rendre à Séjus, cet acte constitue un mandat relatif à une donation future, et que je puis toujours révoquer (§ 157, *q*). Si Titius paye Séjus après ma mort, la propriété de la somme est transférée à Séjus, parce que Titius en était lui-même propriétaire; mais Titius n'est libéré envers mon héritier que s'il ignorait ma mort, car autrement il devait savoir que son mandat était expiré. De même, abstraction faite de la circonstance du prêt, si j'avais simplement chargé Titius de donner la somme, il n'aurait la *mandati actio* contre mon héritier pour le payement fait après ma

tuus (donator) erit, quam ad me perferret, non fieri pecuniam dominii mei constat. » L. 8, C. de O. et A. (IV, 10). — On comprend que l'héritier peut renouveler la donation; mais la volonté du défunt, comme simple fait, tant qu'elle ne s'est pas traduite en un acte juridique complet, ne se continue pas dans la personne de l'héritier. Les rapports de droit du défunt passent à ses héritiers, non les rapports de fait, et dans cette classe il faut ranger la simple volonté aussi bien que la possession qui, ainsi que chacun sait, ne passe pas de soi-même aux héritiers. — On peut se demander pourquoi cette règle est exprimée spécialement pour la donation, qui, relativement à la nécessité de l'accord des volontés, est placée sur la même ligne que la vente, etc. (note *g*). En voici le motif: pour la vente il existe une obligation antérieure à la tradition, obligation qui, étant en soi un acte juridique complet, passe aux héritiers, tandis que pour la donation l'acte juridique proprement dit commence et finit le plus souvent avec la tradition.

mort que s'il l'avait ignorée (*o*). J'ai seulement parlé de la position de Titius; mais que devient la donation faite à Séjus ? Conformément au principe développé plus haut, cette donation est nulle. Mon héritier a donc contre Séjus une *condictio sine causa* pour se faire restituer la somme; action qu'il doit céder à Titius si celui-ci est responsable d'avoir mal payé. — Voici un autre cas du même genre (*p*) : Une femme veut donner à son mari un immeuble *mortis causa*, et elle le remet dans ce but à Titius : après la mort de la femme, ses héritiers attaquent la donation, et néanmoins Titius livre l'immeuble au mari. Ici l'on doit distinguer si Titius a reçu mandat de la femme seule, ou bien du mari seul, ou conjointement avec la femme. Dans le premier cas, d'après la règle posée plus haut, la donation n'a jamais été parfaite, et Titius doit indemniser les héritiers ; dans le second cas, Titius, comme mandataire du mari, est devenu propriétaire de l'immeuble à l'instant de la mort. Il y a eu dès lors une donation parfaite (*q*), que les héritiers doi-

(*o*) L. 19, § 3, de don. (XXXIX, 5). Cf. § 157, *q*.

(*p*) L. 11, § 8, de don. int. vir. (XXIV, 1). — Nous retrouvons un cas semblable, mais décidé d'une manière contradictoire en apparence, dans la L. 18, § 2, de m. c. don. Cf. § 158, *h*.

(*q*) On pouvait se demander si une donation telle que notre texte la suppose peut être accomplie au moyen d'une *interposita persona*. Or cela n'est nullement douteux. L. 4, de don. (XXXIX,

vent respecter; et si Titius avait conservé l'immeuble, ou l'avait livré aux héritiers, le mari aurait contre lui une *mandati actio*.

Voici un cas semblable en apparence, mais différent en réalité (*r*) : Un individu donne direc-

5) : « Etiam per interpositam personam donatio consummari potest. »

(*r*) L. 2, § 5, de don. (XXXIX, 5). — La L. 9, § 1, de j. dot. (XXIII, 3) contient une décision juridique tout opposée ; mais, pour le cas spécial dont il s'agit, elle offre en définitive le même résultat. Quelqu'un donne à un fiancé une chose en dot, sous la condition toujours sous-entendue que le mariage aura lieu. Le donateur meurt avant le mariage. Ici, dit Ulpien, la propriété de la chose ne peut parvenir au donataire, et la donation n'est pas valable. Mais, par une faveur spéciale accordée à la dot, on doit, après la célébration du mariage, contraindre l'héritier de délivrer la propriété; et si l'héritier est absent ou refuse, on doit regarder la propriété comme transmise *ipso jure*. — Ce texte s'explique par cette règle de l'ancien droit, qui, pour la donation d'une *mancipi res*, exige la mancipation et non pas une simple tradition. Sans doute il s'agissait ici d'une *mancipi res*, probablement d'un immeuble; seulement nous n'en avons plus de traces. Au contraire, la L. 2, § 5, citée, parle expressément d'argent comptant, c'est-à-dire d'une *nec mancipi res*, et alors point de difficulté, puisque la tradition suffisait pour effectuer la donation. Or, il était toujours permis de livrer, mais non de manciper sous condition (L. 77, de R. J., L. 17). Ainsi donc, c'est par inadvertance que les rédacteurs du Digeste ont reproduit la L. 9, § 1, citée, qui se rapporte à l'ancien droit, et son contenu ne doit pas nous arrêter davantage. — J'ai développé cette explication dans la Zeitschrift f. gesch Rechtsw., vol. IV, p. 51-59. Les objections élevées récemment par W. Sell (Bedingte Traditionen, p. 117, 138) ne m'ont pas convaincu. Pour expliquer notre texte, il prétend que la donation d'une dot au mari renferme en réalité le mandat de remettre la dot à la femme, et que la mort du do-

tement une somme d'argent à un autre par voie de tradition, mais il soumet la propriété et la donation à une condition suspensive. Le donateur meurt ou devient aliéné avant l'accomplissement de la condition. On pourrait croire que la donation est nulle comme dans les exemples précédemment cités. Ici, au contraire, elle est parfaitement valable, et voici le motif de la différence : l'acte passé entre les parties était complet dès l'origine, et sa validité ne tenait plus qu'à une circonstance extérieure où la volonté n'a point à intervenir. Aussi, dans l'intervalle, le donateur ne peut-il révoquer la donation qui est parfaite à son égard, et la condition une fois accomplie remonte à l'époque du contrat (§ 120).

§ CLXI. — V. *Donation. — Sa nature de contrat.* (Suite.)

Parmi les cas les plus ordinaires, ceux où la donation résulte d'un contrat, nous avons encore à examiner certains cas où la volonté de l'une des parties ou de toutes deux repose sur une erreur.

nateur annule ce mandat. Cette supposition n'a pas le moindre fondement. La *dotis constitutio* est consommée par la donation faite au mari, dès qu'il y a mariage, et les destinées postérieures de la dot ne touchent plus le donateur.

L'erreur peut d'abord tomber sur la personne avec qui l'on contracte (*a*). Quand le donateur se trompe sur la personne du donataire, naturellement il n'y a pas de donation. Si donc, Gajus, voulant donner une chose à Séjus, la livre par erreur à Titius qui l'accepte également par erreur, il n'y a là aucun acte juridique, aucun droit acquis à l'une ou à l'autre des parties, et Gajus peut se faire restituer la chose. Mais si Gajus veut gratifier Titius par l'intermédiaire de Séjus, et que celui-ci, abusant de son mandat, donne la chose en son propre nom et trompe Titius sur la personne du donateur, rigoureusement parlant, il n'y a pas là de donation, et Gajus peut réclamer la chose donnée; néanmoins sa réclamation doit être repoussée par une *doli exceptio* (*b*). Voici le motif de cette différence : si la personne du donataire est très-importante pour le donateur, la personne du donateur n'a pas la même importance pour le donataire. Une donation s'accepte ordinairement de quelque part qu'elle vienne, l'erreur sur la personne du dona-

(*a*) Sur cette espèce d'erreur en général, voy. § 136. En principe, une pareille erreur est exclusive de tout contrat.

(*b*) L. 25, de don. (XXXIX, 5). La première chose mise en question, c'est la transmission de la propriété. Or, cette transmission est identique à la validité de la donation, comme le prouve la *doli exceptio* établie par la fin du texte, et que l'on peut opposer ici aussi bien à la revendication qu'à la condiction.

teur est donc moins essentielle et n'annule pas le consentement du donataire. Sans doute le donateur est intéressé à ce que le donataire sache sur qui il doit reporter sa reconnaissance ; mais cet intérêt trouve satisfaction complète dans la rectification de l'erreur.

L'erreur peut ensuite tomber sur le rapport de droit, lorsque les deux parties ont chacune en vue un acte juridique différent. D'après la règle générale, il n'y a point alors de contrat (§ 136, *a*). Cela est surtout évident quand l'une des parties, en livrant la chose, croit faire un commodat ou un prêt, et que l'autre l'accepte comme un don ; nul doute qu'un pareil acte ne constitue pas une donation (§ 160, *g*, *h*.). Mais cela est moins évident dans le cas inverse, quand l'une des parties a l'intention de donner, et que l'autre croit ne recevoir la chose qu'à titre de commodat ou de prêt. Voici sur ce sujet deux textes dont la contradiction réelle ou apparente a fait naître, depuis les glossateurs jusqu'à nos jours, les interprétations les plus opposées (*c*) :

(*c*) Les auteurs modernes qui ont commenté ces textes sont : Gluck, vol. IV, p. 152-156; vol. VIII, p. 120-123; M. E. Regenbrecht, comm. ad L. 36, de a. r. d.; et L. 18, de R. C. Berol., 1820; Meyerfeld, I, p. 121-123. Ils citent un grand nombre d'anciens auteurs.

L. 36, de adqu. rer. dom. (XLI, 1) (Julianus, lib. XIII, Dig.).

« Cum in corpus quidem, quod traditur, consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto cur inefficax sit traditio. Veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias : constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi adque accipiendi dissenserimus. »

L. 18, pr. de reb. cred. (XII, 1.) (Ulpianus, lib. VII, Disp.).

« Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit donationem non esse. Sed an mutua sit, videndum. Et puto, nec mutuam esse : magisque numos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Quare, si eos consumserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis numi sunt consumti. »

Ces textes traitent deux questions en grande partie indépendantes l'une de l'autre. Y a-t-il transmission de la propriété ? — L'acte vaut-il comme donation, ou subsidiairement comme prêt? Voici maintenant le rapport qui existe entre ces deux questions. La solution affirmative de la

seconde entraîne nécessairement la solution affirmative de la première. La solution affirmative de la première ne préjuge rien quant à la solution de la seconde.

La transmission de la propriété est la seule chose dnt parle le premier texte de Julien. Le jurisconsulte est d'avis qu'il y a transmission de la propriété, et cela incontestablement (*constat*), dans tous les cas où les parties sont d'accord sur ce point, bien que chacune des parties voulût cette transmission en vue d'un acte juridique différent. Julien fait ensuite l'application de ce principe à deux espèces. Dans la première, chacune des parties admet la même *causa*, c'est-à-dire la *solvendi causa*, mais comme conséquence d'une obligation antérieure différente; dans la seconde, l'une des parties accepte la *donandi*, l'autre l'*obligandi* ou *credendi causa*. La solution est la même pour les deux espèces. Ulpien ne touche qu'en passant la question de propriété, à l'occasion de la validité du prêt, et cette circonstance semble favorable à l'opinion de ceux qui pensent que par ces mots, *numos accipientis non fieri*, Ulpien ne nie pas la transmission de la propriété, mais la validité du prêt. Ainsi donc, Julien regarde comme décisive la volonté de transmettre la propriété, et le motif de cette volonté lui paraît chose trop secondaire pour qu'un désaccord sur le motif empêche la transmission de la propriété. Ulpien

au contraire, s'il nie effectivement cette transmission, regarde comme décisive l'identité du motif de la volonté, et dès lors un désaccord sur ce point entre les parties empêche la transmission de la propriété. Au reste, la question de la propriété étant en dehors de notre recherche, je n'entrerai pas ici dans cette discussion (*d*).

La validité des actes juridiques est ce qui nous occupe. Ulpien dit à ce sujet qu'il n'y a pas de donation valable, et Julien le reconnaît également (*e*). Ce point semble donc hors de toute controverse; il résulte du principe général posé plus haut, et, quant à la présente recherche, c'est le seul point essentiel. Ulpien ajoute que le prêt est également nul, et s'il ne continue pas de citer Julien, cela n'établit point une différence d'opinion entre les deux jurisconsultes; le motif de sa décision est le même que pour la donation :

(*d*) On pourrait invoquer à l'appui de l'opinion de Julien le § 40, J. de rer. div. (II, 1). « Nihil enim tam conveniens est naturali æquitati, quam *voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre*, ratam haberi; » car *cette voluntas* existe évidemment ici, et la volonté du donataire est d'accord sur la translation en général. Mais je ne dois pas anticiper sur la discussion approfondie de ce sujet, qui ne peut être convenablement traité que dans ses rapports avec la théorie générale de la tradition.

(*e*) Le texte de Julien, dont parle ici Ulpien, n'est évidemment pas celui que j'ai cité littéralement, la L. 36, de adqu. rer. dom., car cette loi ne dit pas un mot de cela, du moins telle que nous la voyons au Digeste.

le défaut d'accord entre les parties sur cet acte spécial. Vient enfin la partie la plus importante du texte, celle qui donne les résultats pratiques (*f*). Mais avant de l'aborder il importe d'examiner plus attentivement l'ensemble de la transaction.

Si la nullité de la donation ainsi que du prêt est incontestable, cela s'entend du moment de la tradition. Voyons maintenant quelles circonstances peuvent modifier cet état de choses primitif. D'abord, si le donataire découvre l'erreur et déclare adhérer à la volonté toujours persistante du donateur, la donation est certainement valable, puisqu'il y a eu accord des parties; le prêt serait également régulier si le donateur, s'apercevant du malentendu, consentait au prêt accepté par le donataire. Ulpien suppose donc que le donateur, l'erreur une fois reconnue, rétracte son intention bienveillante et veut se faire restituer l'argent, comme l'indique clai-

(*f*) C'est à tort que souvent l'on a attaché de l'importance à la liaison par *quare*, et plusieurs ont critiqué Ulpien de ce que la seconde proposition, au lieu de dériver de la première, est plutôt en opposition avec elle. D'abord *quare* n'exprime pas toujours une conséquence; ce mot sert aussi de simple transition pour passer à une nouvelle face du sujet. D'ailleurs le lien de causalité ne manque pas ici. En effet, la nullité de l'acte juridique engendre nécessairement une *condictio* (*sine causa*); or c'est à cette condiction, et non à l'exception mentionnée ensuite, qu'il faut rapporter *quare*, si l'on veut absolument que ce mot exprime une conséquence.

rement l'action judiciaire mentionnée dans le texte.

Quelle action peut-il intenter, et quel sera le résultat du procès ? Ou l'argent existe encore en nature, ou il a été dépensé. Dans le premier cas le donateur exercera une revendication, d'après Ulpien ; une *condictio sine causa*, d'après Julien. Chacune de ces actions lui procurera la restitution de l'argent sans qu'on puisse lui opposer une *doli exceptio;* car il n'y a point de dol à changer de volonté, tant que la volonté ne s'est pas transformée en un acte juridique obligatoire. Or Ulpien dit expressément qu'il n'y a pas d'acte juridique, et il s'appuie en partie sur l'autorité de Julien. — Je passe au second cas, celui où l'argent a été dépensé. L'argent peut avoir été dépensé de telle manière que sa valeur subsiste encore ; par exemple, s'il a servi à l'acquisition d'un immeuble ou d'une créance. Ici encore la condiction aura tous ses effets ; car, d'après les principes généraux sur la condiction, une semblable transformation est chose indifférente (*g*). Enfin l'argent peut avoir été dépensé de telle sorte qu'il n'en reste plus aucune trace ; si, par exemple, il a été donné, perdu au jeu ou dissipé

(*g*) L. 65, § 6, 8, de cond. ind. (XII, 6); L. 26, § 12 eod. « nempe hoc solum *refundere debes quod ex pretio habes.* » Cf. § 151.

en prodigalités. Tel est le cas prévu par Ulpien (*h*); et alors la condiction doit être repoussée par une *doli exceptio*. Cette décision est fondée sur ce que, en général, les condictions ne sont admises que quand la chose reçue existe encore en nature, ou a été remplacée par une chose faisant partie des biens (note *g*), ou a été dissipée frauduleusement (§ 150, *m*). Or il n'y a ici aucun dol, car le donataire, même en se croyant emprunteur pouvait disposer de la somme reçue; le dol n'existerait que s'il avait dissipé l'argent après avoir eu connaissance de la rétractation du donateur. Il y a plus : le donateur serait lui-même *in dolo* si la révocation de sa libéralité devait, en dernier résultat, appauvrir le donataire; car l'argent a été employé conformément aux intentions qu'il n'avait pas encore rétractées. C'est ce motif péremptoire qu'Ulpien exprime en ces termes : *quia secundum voluntatem dantis numi sunt consumti*, et c'est la même considération naturelle dont les anciens jurisconsultes faisaient déjà l'ap-

(*h*) Je traduis ainsi *consumserit* par dissiper. Sans doute ce mot désigne le plus souvent toute espèce d'emploi, et par conséquent aussi celui qui procure un avantage permanent. (Cf. § 35, J. de rer. div., II, 1; L. 65, § 6, de cond. ind. XII, 6, etc.) Mais comme nous voyons ailleurs, et précisément au sujet d'une donation, *consumere* interprété par dissiper (§ 150, *o*), si je donne à ce mot la même acception dans ce texte d'Ulpien, qui sans cela se trouverait en contradiction avec d'autres règles incontestables, on ne peut voir là une interprétation arbitraire.

plication aux donations entre époux (§ 150, *u*). — Rien ne nous oblige donc à voir sur la décision de ce cas particulier un dissentiment entre Julien et Ulpien, car tous deux sont d'accord sur ce point essentiel que, dans l'origine, il n'y a ni donation, ni prêt valable.

Quand la donation résulte d'un contrat, elle peut, comme tout autre contrat concernant les biens, être restreinte par des conditions, le temps ou un *modus* (§ 116). Relativement à ces restrictions, la définition donnée plus haut (§ 155) de la *perfecta donatio* est importante. Tant que l'acte constitutif de la donation est imparfait, le donateur peut y ajouter toutes les restrictions qu'il lui plaît, car il peut révoquer entièrement la donation; l'acte une fois parfait, ce droit ne lui appartient plus (*i*). — Parmi les applications de ces diverses restrictions, il y en a deux dont l'influence est tellement prépondérante qu'elles impriment à la donation même un caractère spécial, la *mortis causa donatio,* qui ne se rattache qu'à une seule espèce de conditions, et la *donatio sub modo* en général. Toutes les autres donations sous condition ou à terme n'ont aucun trait saillant qui les distingue. Quant aux deux institutions dont je viens de parler, j'en traiterai spécialement à la fin de cette exposition, car le sujet ne peut

(*i*) L. 4, C. de don. quæ sub modo (VIII, 55).

être traité convenablement qu'après avoir examiné les restrictions établies par le droit positif, et notamment l'insinuation.

§ CLXII. — V. *Donation. — Restrictions.* 1. *Prohibition entre époux.*

Trois espèces de restrictions établies par le droit positif ont nécessité une délimitation rigoureuse de la donation ; la première se rapporte à certaines formalités particulières, la seconde à la prohibition entre époux, la troisième à la révocation pour causes déterminées (§ 142).

Pour l'exposition du droit nouveau, il est indispensable d'intervertir l'ordre des deux premières espèces de restrictions, et d'examiner d'abord la prohibition entre époux, quoique sa nature soit beaucoup plus spéciale.

La prohibition des donations entre époux doit être examinée sous deux faces : relativement au mariage, ce qui comprend la détermination des motifs qui ont fait naître la prohibition ; mais cette étude se rattache nécessairement au droit du mariage dans son ensemble, et ne peut trouver place ici (*a*) ; relativement aux principes gé-

(*a*) Seulement je proteste encore une fois ici contre la nouvelle doctrine, d'après laquelle la prohibition, établie d'abord pour le mariage rigoureux, aurait été appliquée ensuite au mariage libre,

néraux sur la donation, et cette matière fait partie intégrante du sujet ; car cette prohibition a fourni presque seule, aux jurisconsultes romains, l'occasion de définir la donation et d'en poser rigoureusement les limites (§ 142).

La condition générale de la prohibition est donc une donation *entre époux,* c'est-à-dire pendant la durée du mariage. Nous avons à appliquer ici la définition développée plus haut : aliénation, enrichissement ; l'enrichissement doit être persistant et résulter de la volonté du donateur.

Si la donation doit avoir eu lieu pendant le mariage, deux espèces de cas se trouvent naturellement exclus de la prohibition.

Celui d'abord où le lien existant entre les parties n'est pas le mariage, mais appartient à un ordre inférieur, tel que le *concubinatus*, ou les unions encore moins respectables (*b*). Mais il

où nous la trouvons maintenant. Cf. Savigny, Recht des Bezitzes, p. LXVI, 6e éd. Pour la femme *in manu*, la prohibition des donations était aussi inutile que pour le fils sous la puissance paternelle. La donation était impossible en soi, puisqu'on ne saurait lui assigner aucun effet imaginable. La femme ne pouvait rien donner au mari, car elle n'avait rien ; le mari ne pouvait rien donner à la femme : en effet, il se serait donné à lui-même, puisque toute chose acquise par la femme appartenait au mari.

(*b*) L. 3, § 1 ; L. 58, pr., § 1, de don. int. vir. (XXIV, 1) ; L. 31, pr. ; L. 5, de don. (XXXIX, 5). — La L. 2, C. de don. int. vir. (V, 16), paraît établir une exception formelle pour la concu-

ne faudrait pas croire que de semblables unions soient, à cause de leur infériorité, encore moins compatibles que le mariage avec la validité de la donation ; car la prohibition entre époux est fondée sur la crainte que les donations ne portent atteinte à la pureté et à la dignité du mariage ; or de pareilles unions sont à l'abri de tout danger de ce genre. — Puis, en principe général, le cas où l'union que les conjoints regardent comme mariage n'est pas un mariage véritable, à cause d'un empêchement légal (*c*). Mais dans l'application ce principe reçoit des modifications nombreuses. A la vérité, si l'empêchement ne constitue pas une prohibition proprement dite, par exemple la trop grande jeunesse, la donation est nulle (*d*), à cause de la nullité du mariage ; mais elle serait valable si les parties n'avaient pas connu l'empêchement ; non que la prohibition s'applique malgré la nullité du mariage, mais parce que la do-

bine (*focaria*) d'un soldat. Peut-être, dans l'espèce dont parle ce texte, la nullité de la donation tenait plutôt à un défaut de formes qu'à la qualité de la donataire.

(*c*) L. 3, § 1, de don. int. vir. (XXIV, 1). « ... si matrimonium moribus legibusque nostris constat, donatio non valebit. Sed si aliquod impedimentum interveniat, ne sit omnino matrimonium, *donatio valebit.* »

(*d*) L. 65, de don. int. vir. (XXIV, 1). — Tel serait encore un mariage entre *peregrini,* qui, sans être conforme aux lois (moribus legibusque nostris constat, note *c*), n'est cependant pas prohibé, c'est-à-dire réprouvé comme une chose condamnable.

nation, au lieu d'être une donation pure, est envisagée comme une espèce de *datum ob causam*, révocable pour une fausse *causa* (*e*). — Il en est autrement quand l'empêchement résulte d'une prohibition proprement dite. Sans doute la prohibition prononcée pour le cas d'un mariage valable ne s'applique pas directement à un mariage prohibé; mais on considère que ce serait chose indigne d'attribuer, quant à la validité de la donation, plus d'efficacité à un mariage prohibé qu'à un mariage licite (*f*). Aussi la donation est-elle toujours révoquée. Maintenant, si le donateur qui réclame est innocent de la violation de la prohibition, il recouvre la chose donnée comme si le mariage était valable, et conséquemment la donation nulle (*g*). Si, au contraire, la violation de la prohibition doit être imputée au do-

(*e*) L. 32, § 27, in f. de don. int. vir. (XXIV, 1).

(*f*) La L. 3, § 1, de don. int. vir. (XXIV, 1), après les mots transcrits, note *c*, donne quelques exemples de mariages prohibés, puis elle ajoute : « valebit donatio, quia nuptiæ non sunt : sed fas non est, eas donationes ratas esse : ne melior sit conditio eorum qui deliquerunt. »

(*g*) L. 7, C. de don. int. vir. (V, 16). Il s'agit dans ce texte d'un tuteur qui avait épousé sa pupille et en avait reçu une donation. Celle-ci, dit-on, peut se la faire restituer. D'après les qualités des parties, le tuteur est le seul coupable. L. 128, de leg. 1 (XXX, un.) De même, dans le cas d'une prohibition fondée sur le degré de parenté, le donateur serait innocent et pourrait répéter la donation s'il ignorait la parenté; quant au donataire, qu'il l'ait connue ou qu'il l'ait ignorée, cela est indifférent.

nateur, la donation est également révoquée, mais elle est déférée au fisc (*h*).

Secondement, la donation est valable quand elle est antérieure ou postérieure au mariage (en cas de séparation.) — La donation antérieure au mariage est la *donatio ante nuptias*. On l'opposa d'abord à la donation entre époux, afin de faire ressortir qu'elle ne tombe pas sous la prohibition qui doit commencer avec le mariage. Voilà son côté négatif; mais elle avait aussi une particularité positive : on la considérait non comme donation pure, mais en outre comme *datum ob causam*, d'où il résulte qu'elle peut être ordinairement révoquée si le mariage ne s'effectue pas (*i*). Plus tard, elle fut transformée en *donatio propter nuptias*, et dès lors elle n'eut plus la nature d'une donation. Mais l'ancien principe subsista toujours : qu'avant le mariage toute donation entre les futurs époux, même celle qui ne présenterait pas les caractères particuliers de la *donatio propter nuptias*, ne tombe point sous

(*h*) L. 32, § 28, de don. int. vir. (XXIV, 1). Mariage entre un sénateur et une affranchie, entre un tuteur et sa pupille. Dans ces deux cas, on suppose que le mari est donateur; autrement cette loi serait en contradiction avec celle citée note *g*. De même que le tuteur, le sénateur est le seul coupable, car il manque à la dignité de son rang, et l'affranchie est justifiée par l'obéissance due au patron.

(*i*) L. 15, 16, C. de don. ante nupt. (V, 3).

la prohibition légale (*k*). Certains cas méritent une mention spéciale, ceux où la donation embrasse deux époques différentes, l'une où le contrat se forme juridiquement, l'autre où il reçoit son exécution. Si le contrat est antérieur au mariage, mais ne doive avoir d'effet qu'après le mariage, il rentre dans les termes de la prohibition (*l*). Réciproquement, la donation serait valable si, contractée juridiquement pendant le mariage, elle ne devait se réaliser qu'après la dissolution du mariage. Aussi la *mortis causa donatio* est-elle permise entre époux, car ordinairement elle ne reçoit son complément définitif que par le prédécès du donateur (*m*). La donation serait également valable si elle était

(*k*) Cette distinction ne saurait être douteuse quand la fiancée donne au fiancé, car cela n'est jamais considéré comme *propter nuptias donatio*. Mais le fiancé peut aussi vouloir faire une *pr. n. donatio*.

(*l*) L. 32, § 22, de don. int. vir. (XXIV, 1).

(*m*) L. 9, § 2; L. 10, L. 11, pr. de don. int. vir. (XXIV, 1). Ulpian., VII, § 1, voit ici une exception à la prohibition des donations, ce qui n'est pas rigoureusement exact. — D'autres donations pour cause de mort sont ordinairement faites de telle sorte que la propriété est transmise immédiatement, ce qui ne peut avoir lieu entre époux. — Dans la L. 9, § 2 cit., on lit : « Inter virum et uxorem m. c. donationes *receptæ sunt*. » Par là il ne faut pas entendre que ces donations, autrefois prohibées, aient été permises plus tard. D'abord cela serait en contradiction avec le principe général et absolu, ensuite la même expression (*receptum est*) s'applique ordinairement à la prohibition des donations entre époux. L. 1, eod.

faite pour le cas d'une séparation imminente ; car le mariage est dissous par la séparation comme par la mort (*n*).

La prohibition n'est pas restreinte aux époux eux-mêmes, elle embrasse encore toutes les personnes qui tiennent à l'un ou à l'autre des conjoints par l'unité des biens. Ainsi ne peuvent recevoir de donation du mari le père de la femme qui l'a retenue sous sa puissance, les frères et sœurs qui vivent sous la même autorité, l'esclave de la femme. Toutes ces personnes ne peuvent faire non plus de donations au mari. De même la femme ne peut donner au père, aux frères et sœurs ni aux esclaves de son mari ; elle ne peut en outre donner à ses propres enfants tant qu'ils restent sous la puissance paternelle. Enfin toute donation est prohibée entre les diverses personnes que je viens d'énumérer, de sorte que le père du mari ne saurait donner au père de la femme, et réciproquement (*o*).

(*n*) L. 11, § 11 ; L. 12 ; L. 60, § 1 ; L. 61 ; L. 62, pr. de don. int. vir. (XXIV, 1). Voilà ce qui distingue cette donation de la *m. c. donatio* ; celle-ci peut se faire dans la prévision générale de la mort, non pas seulement d'un danger de mort déterminé ; celle-là ne peut avoir lieu qu'en vue d'un cas de dissolution du mariage réel et imminent, non pas en vue d'une possibilité tout à fait éventuelle. — Ulpian., VII, § 1, regarde également ce cas comme une prohibition.

(*o*) L. 3, § 2-6 ; L. 32, § 16, de don. int. vir. (XXIV, 1). Fragm. Vatic., § 269. — L'extension extraordinaire de la prohi-

§ CLXIII. — V. *Donation.* — *Restrictions.* 1. *Prohibition entre époux.* (Suite.)

Le caractère général de la prohibition est de faire déclarer non avenu tout acte tendant à réaliser une de ces donations prohibées ; en d'autres termes, il y a ici nullité absolue (*a*).

bition tient surtout au principe de l'ancien droit, très-restreint par Justinien, que les enfants acquièrent pour leur père, et ainsi elle n'est plus susceptible dans le droit nouveau que d'une application partielle. Si donc une mère donne à son fils, cela n'est plus une donation médiate faite au mari que pour l'usufruit ; aussi cet usufruit est seul prohibé, et la chose donnée se transforme de soi-même en un *peculium adventitium extraordinarium.* Il faut en dire autant de la donation faite au frère du mari, mais non pas de celle faite au beau-père. La prohibition, dans l'ancien droit, reposait uniquement sur l'expectative, souvent très-certaine, qu'a le mari de la succession paternelle ; et ici Justinien n'a rien changé. — Là où, dans le droit actuel, la puissance paternelle est dissoute par le mariage de l'enfant, il ne peut plus être question d'étendre la prohibition aux ascendants et aux frères et sœurs. Stryk, XXIV, 1, § 2.

(*a*) L. 3, § 10, de don. int. vir. (XXIV, 1). (Ulpian., lib. 32, ad Sab.). « Sciendum autem est, ita interdictam inter virum et uxorem donationem, *ut ipso jure nihil valeat quod actum est.* Proinde, si corpus sit quod donatur, nec traditio quicquam valet. Et si stipulanti promissum sit, vel accepto latum, nihil valet. *Ipso enim jure, quæ inter virum et uxorem donationis causa geruntur : nullius momenti sunt.* » — De même en parlant d'une *m. c. donatio* non suivie d'effet, Papinien dit, L. 52, § 1, eod., « nam quo casu inter exteros condictio nascitur, *inter maritos nihil agitur.* »

Ainsi, en pareilles circonstances, la tradition, comme dans l'ancien droit la mancipation, ne transfère pas la propriété (note *a*). De même point d'usucapion si le donateur n'avait pas la propriété (*b*). Quand la donation résulte d'un *negotium mixtum cum donatione* (§ 154), et que dès lors il y a donation partielle, la propriété n'est transférée que pour partie (*c*).

Si la donation consiste en une obligation acceptée, celle-ci est radicalement nulle. Le payement effectué plus tard en vertu de cette obligation ne serait pas une donation, mais le simple payement d'une dette (§ 157, *a*, *b*). Mais la dette n'existant pas, ce payement constitue une nouvelle donation, et dès lors il est également nul.

Si la donation résulte de la remise d'une dette, telle qu'une acceptilation, cet acte est nul, et la dette continue de subsister (note *a*).

Ces règles s'appliquent également aux deux époux; mais leur influence est beaucoup plus sensible pour les donations du mari à la femme que pour celles de la femme au mari. Tout ce que le mari abandonne gratuitement à la femme est donation de sa nature, et frappé de nullité. La femme peut toujours céder gratuitement tous ses biens à son mari, et cette cession est parfai-

(*b*) L. 1, § 2, pro donato (XLI, 6).
(*c*) L. 31, § 3, de don. int. vir. (XXIV, 1).

tement valable dès qu'elle s'opère à titre de dot. A la vérité, ce n'est pas là une donation, mais la différence semble plutôt nominale que réelle; car le mari, ayant la propriété et la jouissance de la dot, possède tous les droits et tous les avantages que pourrait lui conférer une donation. Voici donc, à l'égard de la femme, le sens pratique de la prohibition : la femme ne peut rien donner à son mari que d'après les règles spéciales établies pour la dot, c'est-à-dire, notamment, qu'après la dissolution du mariage les choses données font retour à la femme elle-même ou à ses héritiers (*d*).

Lorsque la donation entre époux résulte d'actes juridiques passés avec des personnes étrangères (§ 158), la nullité prononcée en général s'étend-elle à ces actes mêmes, où les étrangers ne figurent ni comme donateurs, ni comme donataires? Néanmoins la nullité est absolue (*e*); je renvoie pour les détails à l'appendice X, où j'ai tâché de résoudre la question.

Quelles sont maintenant les voies de droit ou-

(*d*) D'après l'ancien droit, à la femme elle-même; d'après le droit nouveau, à ses héritiers; de sorte que la différence entre la dot et la donation faite au mari est encore plus tranchée que dans l'ancien droit. — Ce droit de retour est absolu de sa nature, et toute clause arbitraire qui tendrait à le restreindre est nulle, à moins qu'elle n'ait pour objet les enfants du mariage. L. 16, 27, de pactis dot. (XXIII, 4); L. 1, § 1, de dote præleg. (XXXIII, 4).

(*e*) L. 3, § 10; L. 5, § 3, 4; L. 39, de don. int. vir. (XXIV, 1).

vertes au donateur pour mettre à exécution cette nullité? Dans beaucoup de cas la nullité même suffit ; en effet, si la donation résulte d'une stipulation ou d'une acceptilation, la stipulation n'engendre aucune obligation, et l'acceptilation ne porte pas la moindre atteinte à l'obligation originaire. Les voies de droit spéciales ne deviennent nécessaires que quand il s'est opéré un changement préjudiciable au donateur et qu'il s'agit d'y remédier.

Alors se présentent deux voies de droit : la revendication, si la chose donnée existe encore en nature, de sorte que la possession seule manque au donateur ; la condiction, si le donataire a aliéné la chose, mais en détient la valeur (*f*).

La revendication reçoit en pareil cas une extension remarquable. Si la donation consiste en matériaux qui aient été employés à construire sur un terrain appartenant au donataire, par exception à la règle générale, le donateur a droit d'enlever ses matériaux s'il peut le faire sans les endommager. D'un autre côté, il n'a pas l'*actio*

(*f*) L. 5, § 18, de don. int. vir. (XXIV, 1). « In donationibus autem jure civili impeditis hactenus revocatur donum... ut, si quidem exstet res, vindicetur : si consumta sit, condicatur, hactenus quatenus locupletior quis eorum factus est. » L. 36, pr. eod. « Si donatæ res exstant, etiam vindicari poterunt. » L. un., § 5, C. de r. u. a. (V, 13). « ... cum sit donatori facultas, per actionem in rem directam, vel per utilem, vel per condictionem suo juri mederi? »

tigni juncti en restitution du double de la valeur (*g*). La revendication s'exerce contre les tiers détenteurs de la chose donnée ; cela résulte de la nature même de cette action.

La condiction peut s'appeler *sine causa* ou bien *ex injusta causa;* l'une et l'autre dénomination lui conviennent également (*h*); car la *donationis causa*, qui existe en fait, contredit une règle absolue du droit (*injusta causa*) et dès lors n'existe pas en droit (*sine causa*). La condiction a pour objet les biens dont le donataire se trouve être enrichi (note *f*). J'ai dit plus haut (§ 149-151) comment devait se faire cette appréciation, surtout quand les biens ont subi plusieurs transformations successives. S'il y a contestation sur l'existence ou sur la quotité de l'enrichissement, la preuve est à la charge du défendeur. En effet, l'enrichissement primitif n'est pas douteux; si le défendeur prétend qu'un fait postérieur l'a absorbé ou diminué, il doit prouver ce fait. — On a vu (§ 147) jusqu'à quel point la con-

(*g*) L. 63, L. 45, de don. int. vir. (XXIV, 1); L. 43, § 1, de leg., 1 (XXX, un.). — Dans la L. 63, cit., il faut lire avec la vulgate : *quamvis* nulla actio est... *quia* Decemviros... Le manuscrit de Florence renverse l'ordre de ces particules et met à tort l'une pour l'autre. — Tout cela néanmoins n'est établi que pour favoriser le donateur, et ainsi il peut, s'il le préfère, réclamer la valeur de la chose.

(*h*) L. 6, de don. int. vir. (XXIV, 1).

diction s'applique aux fruits de la chose donnée.

Le débat n'a lieu entre les époux que quand tous deux figurent comme parties dans l'acte de donation. Si la donation a été faite à une personne incapable de recevoir par suite de sa position personnelle vis-à-vis de l'un des époux (§ 162), le débat a lieu entre le donateur et le donataire (*i*). Si donc le mari donne à son beau-père, c'est à celui-ci, et non à la femme, qu'il doit réclamer la chose donnée.

Si l'argent donné a servi à acheter une chose qui existe encore en nature, et que le donataire soit devenu insolvable, le donateur peut, par une faveur spéciale, se faire attribuer la chose au moyen d'une *utilis vindicatio* (*k*).

Indépendamment de ces actions, l'ancien droit offrait encore un autre recours au mari donateur. Après la dissolution du mariage, quand on lui redemandait la dot, il pouvait la retenir à titre de gage tant qu'on ne lui avait pas restitué les dons reçus par la femme (*l*). Justinien abolit

(*i*) L. 32, § 16, 20, de don. int. vir. (XXIV, 1).

(*k*) L. 55, in f. de don. int. vir. (XXIV, 1). « ... Sed nihil prohibet, etiam in rem utilem mulieri, in ipsas res accommodare. » C'est là l'*utilis in rem actio* dont parle la L. un., § 5, C. de rei ux. act. (note *f*).

(*l*) Ulpian., VI, § 9. « Retentiones ex dote fiunt... *aut propter res donatas.* » Ces mots se trouvent expliqués et développés, VII, § 1.

ce droit de rétention, comme les rétentions de tout genre (*m*).

Il y a néanmoins un certain nombre de cas exceptionnels où l'on maintient les donations entre époux, soit comme autorisées dès l'origine, soit comme validées par un fait postérieur (*n*).

Ainsi, le droit romain exempte de la prohibition toutes donations entre l'empereur et l'impératrice (*o*); — toute donation destinée à la reconstruction d'une maison incendiée (*p*); — les donations de la femme au mari pour le mettre en état d'acquérir certains droits honorifiques, notamment le cens de chevalier ou de sénateur, ou pour fournir aux dépenses des jeux publics attachées à certaines magistratures (*q*). — L'époux

(*m*) L. un., § 5, C. de rei ux. act. (V, 13). Ici comme ailleurs cela doit seulement s'entendre de la *retentio pignoris loco*. Là où peut avoir lieu la compensation ordinaire d'une somme d'argent avec une somme d'argent, la loi de Justinien n'apporte aucun changement.

(*n*) Parmi les exceptions réelles à la prohibition des donations on ne doit pas comprendre la donation d'un esclave, *manumissionis causa*, parce qu'il n'y a pas là de donation véritable (§ 150, notes *d-h*), non plus que la *mortis causa*, ni la *divortii causa donatio* (§ 162); car si elles sont des donations véritables, elles ne deviennent valables et efficaces qu'après la dissolution du mariage.

(*o*) L. 26, C. de don. int. vir. (V, 16).

(*p*) L. 14, de don. int. vir. (XXIV, 1). Ici on ne parle que de la donation du mari à la femme; mais dans le cas inverse la donation est également valable.

(*q*) Ulpian., VII, § 1; L. 40, 41, 42, de don. int. vir. (XXIV,

condamné à la déportation peut recevoir une donation de son conjoint, et réciproquement (*r*). Dans le premier cas, on considère la donation comme devant avoir son effet après la dissolution du mariage civil, ce qui est toujours permis (*s*); dans le second cas, cela veut dire que le fisc ne peut pas se substituer au donateur pour reprendre la donation (*t*).

Une exception importante à la prohibition repose sur une espèce de compensation. Si le mari dissipe une somme donnée par la femme, il n'est pas tenu de la rendre, puisqu'il ne se trouve pas plus riche. S'il donne pareille somme à la femme, et que celle-ci la conserve, elle devrait être tenue de la rendre, puisqu'elle se trouve enrichie. Néanmoins, on écarte ici la restitution par voie

1). Il y a lieu à l'exception tant que la chose subsiste; par exemple, s'il s'agit d'acquérir le cens de chevalier ou de fournir aux dépenses des jeux publics, tant que l'argent n'a pas été dépensé; l'argent une fois dépensé, la demande n'est plus recevable par le fait même de cet emploi. C'est à un cas semblable que se rapporte la L. 21, C., de don. int. vir. (V, 16).

(*r*) L. 43, de don. int. vir. (XXIV, 1); L. 13, § 1, eod. Ce dernier texte mentionne les deux espèces de cas.

(*s*) Voy. § 162, *m. n.* — En effet, le déporté devenait *peregrinus*, et, par suite de la transformation que subissait son mariage, la prohibition cessait d'être applicable, § 162, *d.*

(*t*) Le fisc succède au déporté *per universitatem*, et il peut exercer toutes les actions qui appartenaient au déporté avant la déportation. Ainsi donc, sans cette exception spéciale, le fisc, aurait eu la revendication ou la condiction pour la donation faite au conjoint.

de compensation avec le don réciproque, bien que ce dernier ne soit plus susceptible de restitution (*u*).

§ CLXIV. — *Donation.* — *Restrictions.* 1. *Prohibition entre époux.* (Suite.)

Enfin, l'exception la plus importante à la prohibition a été introduite par le sénatus-consulte de l'an 206 (§ 150). Ce sénatus-consulte est attribué, tantôt à Sévère, qui alors était chef de l'empire (*a*); tantôt à Caracalla, qui présenta le décret au sénat, comme associé à l'empire (*b*); tantôt aux deux empereurs conjointement (*c*). Ces

(*u*) L. 7, § 2, de don. int. vir. (XXIV, 1).

(*a*) « Oratio D. Severi. » L. 23, de don. int. vir. (XXIV, 1) de Papinien; L. 10, C. eod. (V, 16) de l'empereur Gordien; Frag. Vatic., § 276, de l'empereur Dioclétien.

(*b*) L. 32, pr. de don. int. vir. (XXIV), d'Ulpien. « Cum hic status esset donationum inter virum et uxorem quem antea retulimus, *Imp. noster Antoninus Augustus*, ante excessum D. Severi patris sui, auctor fuit Senatui censendi, Fulvio Æmiliano et Nummio Coss., ut aliquid laxaret ex juris rigore. » La L. 32, § 1; L. 3, pr. eod. s'expriment de même (or. Imp. nostri, Imp. nostri Antonini Aug.)

(*c*) L. 3, C. de don. int. vir. (V, 16) de Caracalla : « et ex mea et ex D. Severi patris mei constitutione. » Fragm. Vatic., § 294, de Papinien : «... quod vir uxori dedit, morte soluto matrimonio, si voluntas perseveravit, fini decimarum auferre non oportere *maximi principes nostri suaserunt*, et ita Senatus censuit. »

diverses désignations sont également justes, et toutes s'appliquent au même sénatus-consulte.

D'après ce sénatus-consulte, la donation entre époux est valable et efficace si le donateur meurt pendant le mariage sans avoir révoqué sa libéralité. Ainsi on suppose que le donateur a voulu faire une *mortis causa donatio*, c'est-à-dire dans la prévision de sa mort pendant le mariage; or une semblable donation était anciennement permise entre époux, mais ne devenait définitive qu'au moment de la mort (§ 162, *m*); on appliqua donc le même principe aux donations entre époux faites sans mention de la cause de mort, dès que le donateur mourait pendant le mariage sans avoir changé de volonté. Le maintien de ces donations par voie d'assimilation à un acte permis, la *mortis causa donatio*, ressort de certains textes où on leur attribue expressément les conséquences de la *mortis causa donatio* (*d*), et d'un texte de Papinien, où l'on voit que ces donations sont inattaquables *fini decimarum* (note *c*). Cela veut dire qu'avant le sénatus-consulte les héritiers pouvaient reprendre la donation entière comme nulle. Maintenant ils n'ont plus ce droit; mais il

(*d*) L. 32, § 7-8, de don. int. vir. (XXXIV, 1). — Ici l'on suppose très-naturellement que le donateur a voulu, dans le cas de son décès, assurer d'une manière plus complète le sort du donataire. Cette pensée de prévoyence est tout à fait conforme à la nature de l'union conjugale.

ne s'ensuit pas que la donation doive être maintenue intégralement ; car, si elle n'est valable que par assimilation à la *mortis causa donatio*, elle est soumise aux mêmes restrictions. Or la *mortis causa donatio* dépendant, comme les legs en général, de la capacité de celui qui la recueille (*e*), la donation entre époux, confirmée par la mort du donateur, n'est valable que dans les limites des *decimæ* établies par la L. Julia (*f*).

Cette confirmation de la donation devient impossible si le mariage est dissous autrement que par la mort du donateur, c'est-à-dire par le prédécès du donataire ou par le divorce ; alors la nullité opère dans toute la rigueur de l'ancien droit, et une nouvelle donation est tout au plus possible (*g*). Néanmoins, la mort simultanée des

(*e*) Cf. § 173, b.

(*f*) Ulpian., XV. — Ainsi donc ces mots : « fini decimarum auferre non oportere » (note *c*), signifient : Dans les limites fixées par les *decimæ*, nul ne peut attaquer la donation faite à l'époux survivant. Tout ce qui excède ces limites n'appartient pas aux héritiers comme donation frappée de nullité, mais est un *caducum* qui revient aux *liberos habentes* ou au fisc. — Dans ce passage de la L. 32, § 24, de don. int. vir. (XXIV, 1), « quæ tamen in commune tenuerunt, *fine præstituto* revocanda non sunt, » les mots *fine præstituto*, anciennement synonymes de *fini decimarum*, signifient simplement, dans le Digeste de Justinien : « d'après les clauses du contrat de société. » (Cf. § 154 *k*.)

(*g*) L. 32, § 10, de don. int. vir. (XXIV, 1). Pour rendre valides les donations faites par le beau-père, la belle-mère, etc., tantôt il faut la mort du donateur seule, tantôt il faut en outre

deux époux vaut comme confirmation de leurs donations réciproques (*h*).

La confirmation n'a pas lieu non plus si le donateur a révoqué la donation avant sa mort. Pour cela il n'est pas nécessaire d'intenter une action : toute espèce de déclaration de volonté suffit; mais elle peut être annulée par une déclaration de volonté contraire. Ainsi donc on s'en tient à la déclaration de volonté qui est reconnue la dernière en date (*i*).

La confirmation une fois accomplie, ses effets remontent à l'époque où s'est faite la donation, et l'on opère comme si la donation eût été valable dès l'origine (*i'*).

Au sujet des donations confirmées par la mort du donateur, voici une question débattue depuis les glossateurs jusqu'à nos jours. Les uns admettent la confirmation pour toute espèce de donation, les autres ne l'admettent que pour les donations résultant d'une tradition, et ils excluent ainsi tous les autres cas, nommément celui où la

celle de l'un des conjoints. L. 32, § 16, 20, de don. int. vir. (XXIV, 1).

(*h*) L. 32, § 14, de don. int. vir. (XXIV, 1); L. 8, de reb. dub. (XXXIV, 5).

(*i*) L. 32, § 2, 3, 4, de don. int. vir. (XXIV, 1); L. 18, C. eod. (V, 16).

(*i'*) L. 25, C. de don. int. vir. (V, 16). Cela résulte encore de l'assimilation à la *m. c. donatio*, dont la validité est également rétroactive (§ 170).

donation résulte d'un contrat d'obligation (*k*).

Je crois que la confirmation s'étend à toute espèce de donations, et cette doctrine est posée, dans les textes suivants d'Ulpien, en termes si précis et si formels qu'elle me paraît désormais au-dessus de toute controverse.

L. 32, § 1, de don. int. vir. (XXIV, 1.) (Ulpian., lib. 33, ad Sab.)

« Oratio... pertinet... *ad omnes donationes* inter virum et uxorem factas : ut et ipso jure res fiant ejus cui donatæ sunt, *et obligatio sit civilis* (*l*). »

Et plus formellement encore, au § 23 du même texte : « Sive autem res fuit, quæ donata est, sive obligatio remissa, potest dici donationem effectum habere... *et generaliter universæ donationes, quas impediri diximus, ex oratione valebunt.* »

Ainsi s'exprime Ulpien, qui un peu auparavant dit, dans le même ouvrage, que toute donation

(*k*) Les anciens auteurs sont cités dans Glück, vol. XXV, p. 431-435; vol. XXVI, p. 105-122, p. 214-216, et dans Schulting, *notæ ad Digesta*, t. IV, p. 300-304. — Les auteurs modernes sont : Wächter, Archiv für civil. Praxis, vol. XVI, p. 107-124 (contre l'application générale); Löhr, ibid., p. 233-242; Puchta, Rhein. Museum, vol. VI, p. 370-385 (tous deux pour l'application générale).

(*l*) Pour tout lecteur libre de prévention, ces mots signifient évidemment : la tradition ou la stipulation, qui étaient nulles jusqu'au moment de la mort, deviennent valables *ipso jure*. On ne saurait croire combien d'explications forcées ont été imaginées afin d'écarter la preuve décisive résultant de ces mots *obligatio sit civilis*.

est prohibée entre époux, soit que l'on emploie pour l'effectuer la tradition, la stipulation ou l'acceptilation (§ 163, *a*). Or ce texte ne laisse pas le moindre doute sur le véritable sens de ces mots : universæ donationes *quas impediri diximus*. — Immédiatement après le dernier texte cité, Ulpien parle de la *societas* et de l'*emtio donationis causa contracta* (*m*). Ici, ajoute-t-il, la nature même de la société ou de l'achat s'oppose à la validité de l'acte, indépendamment du mariage, et le sénatus-consulte n'empêche pas cette nullité ; mais, en l'absence d'un obstacle de ce genre, on peut invoquer le sénatus-consulte. Voici donc la preuve décisive que le sénatus-consulte en soi s'applique aussi bien aux contrats obligatoires qu'à la tradition. — Dans le texte suivant (L. 33, eod.), Ulpien fait l'application de ces règles au cas particulier où soit le mari, soit la femme, promet par stipulation une rente annuelle à son conjoint. Le sénatus-consulte, dit-il, s'étend aussi à cette donation, application qui ajoute encore à l'évidence des principes généraux posés précédemment. Les partisans de l'opinion contraire ont souvent, par une singulière préoccupation, considéré ce dernier texte comme le seul témoignage existant, et ils ont eu recours aux assertions les plus arbitraires pour expliquer comment

(*m*) C'est ce que fait très-bien ressortir Puchta, p. 375.

la stipulation d'une rente annuelle était régie par un droit spécial. S'ils avaient saisi la liaison qui existe entre les deux textes d'Ulpien, ils auraient compris l'inutilité de leurs efforts; car, même en parvenant à écarter la L. 33, ils n'auraient rien gagné pour la justification de leur doctrine.

Un rescrit de l'empereur Alexandre (*n*) juge le cas où le mari veut gratifier sa femme en faisant, pendant le mariage, un acte où il porte la dot de la femme à une somme plus forte que celle reçue effectivement (Quod de suo... in dotem adscripsit). L'empereur dit que cette donation non révoquée se trouve confirmée par la mort, si toutefois elle est devenue parfaite en vertu d'un acte obligatoire (donationem *legitime confectam*..... quatenus liberalitas interposita *munita est*). L'empereur n'exige donc pas la tradition, comme il l'aurait dû suivant mes adversaires, mais une donation parfaite selon les règles générales du droit; car la simple imputation (adscribere) ne suffit pas. La stipulation ne se trouve donc nullement exclue dans le cas dont je viens de parler; cette voie est même si naturelle et si convenable que probablement elle a dû être employée de préférence (*o*).

(*n*) L. 2, C. de dote cauta (V, 15).

(*o*) On pourrait encore admettre que la chose livrée d'abord à la femme a ensuite été restituée par elle au mari; mais il était beaucoup plus simple d'employer la novation, et de sub-

Voici néanmoins, en opposition à ces témoignages, un texte également d'Ulpien, qui demande un sérieux examen :

L. 23 de don. int. vir. (XXIV, 1) (Ulpian., lib. 6, ad Sab.)

« Papinianus recte putabat, orationem D. Severi ad rerum donationem pertinere : denique si stipulanti spopondisset uxori suæ, non putabat conveniri posse heredem mariti, licet durante voluntate maritus decesserit (*p*). »

Sans l'approbation exprimée par le mot *recte*, tout s'expliquerait aisément. Ulpien rapporterait comme fait historique que Papinien avait mis en doute si le sénatus-consulte s'appliquait aux stipulations, et que bientôt après cette doctrine fut généralement adoptée. Mettons un instant de côté l'approbation d'Ulpien, et examinons en eux-mêmes les arguments à l'appui de l'une et l'autre opinion. Papinien pouvait être déterminé à restreindre l'application du sénatus-consulte d'après ces mots : heredem vero *eripere*... durum et avarum esse (*q*), qui, pris littéralement, sem-

stituer à la *dotis stipulatio* originaire une stipulation pour une somme supérieure. Cf. Puchta, p. 377.

(*p*) C'est ainsi que le même Papinien dit ailleurs, mais en termes moins précis : quod vir uxori *dedit* (Voy. plus haut, note *c*).

(*q*) L. 32, § 2, de don. int. vir. (XXIV, 1), où le décret du sénat est cité littéralement. Papinien, sans reproduire les

blent, il est vrai, indiquer la dépossession d'un bien déjà acquis. Mais un argument décisif en faveur de l'opinion contraire était de ramener cette espèce à la fiction de la *mortis causa donatio*. Papinien lui-même ne met pas en doute cette assimilation, puisqu'il soumet le cas aux limites de la capacité de recevoir (notes *c*, *f*). Or, la *mortis causa donatio* pouvant s'effectuer aussi bien par la stipulation que par la tradition, comme le reconnaît Papinien lui-même (*r*), on devait conséquemment admettre que la mort du donateur confirme les donations entre époux, sans distinguer si elles résultent d'une stipulation ou de la tradition.

Jusque-là donc on peut dire que Papinien s'est attaché davantage à la lettre et Ulpien à l'esprit du sénatus-consulte, et plus d'un partisan de l'opinion que je soutiens a ainsi envisagé la chose. On a même essayé d'expliquer par cette distinction l'approbation d'Ulpien, et de traduire ainsi le « *recte* putabat. » L'opinion de Papinien est conforme à la lettre du sénatus-consulte; toutefois je me réserve d'établir que, d'après son esprit, on doit l'entendre autrement (*s*); mais une

termes du décret, dit tout à fait dans le même sens : « *auferre* non oportere » (note *c*).

(*r*) L. 52, § 1, de don. int. vir. (XXIV, 1). Voy. § 157, note *s*'.

(*s*) C'est ainsi que l'entend Noodt, Comment. ad Pandect. (XXIV, 1).

semblable interprétation fait violence au texte d'Ulpien. Maintenant, comment expliquer le mot *recte,* qui présente évidemment la difficulté la plus grave? A. Faber, d'après sa méthode expéditive, efface le mot *recte* (*t*); correction fort commode, mais contredite par tous les manuscrits connus; néanmoins *recte* pourrait bien ne pas s'être trouvé dans les manuscrits des glossateurs (*u*).

D'autres distinguent deux sénatus-consultes; le premier (de Sévère) aurait établi l'application restreinte : c'est celui dont parle Papinien; le second (d'Antonin) aurait étendu l'application du principe : c'est celui dont plus tard a parlé Ulpien. Cette explication se trouve déjà dans la glose, et de nos jours elle a été présentée d'une manière très-spécieuse (*v*). Mais d'abord on conçoit difficilement que, dans l'intervalle de quel-

(*t*) A. Faber, Conject., II, 8; Löhr, p. 241, partage son avis, et il ajoute que *recte* ne se trouve pas dans les éditions in-8° d'Amsterdam de 1663 et de 1700; mais on ne peut rien conclure d'une faute d'impression dans des éditions aussi incorrectes.

(*u*) La glose sur le premier *putabat* est ainsi conçue : « Et male secundum quosdam, ut statim dices. » Faber observe que cette glose convient très-bien à un texte sans *recte;* en effet le *et male* sert à déterminer la notion historique que donne le texte. Avec la leçon de *recte putabat,* la glose aurait contredit Papinien, et aurait été ainsi conçue : *immo* male.

(*v*) Glossa in v. heredem mariti : « *Hodie* Papinianus per D. Severi et Antonini orationem *corrigitur* ut J. eod. L. Cum hic status. » — Puchta, p. 383.

ques années, on ait rendu deux sénatus-consultes sur une question de droit aussi isolée (*w*). Ensuite les textes nombreux où le sujet est traité devraient offrir des traces de l'existence de ces deux décrets; or les jurisconsultes et les empereurs emploient indifféremment diverses désignations, ce qu'ils n'auraient pu faire sans inconvénient si toutes ne se rapportaient à un seul et même décret (*x*). De plus, l'introduction historique placée par Ulpien en tête du principal texte sur la matière (note *b*) contredit singulièrement l'hypothèse des deux décrets. Ulpien oppose l'ancien ordre de choses (d'après le *jus civile*) au décret du sénat rendu « ut aliquid laxaret ex juris rigore. » Ce décret est, suivant Puchta, le dernier en date; or Ulpien n'aurait pu le caractériser comme adoucissant la *juris rigor*, si cet adoucissement, quoiqu'à un degré moindre, eût déjà été effectué.

Mais, à considérer la chose de plus près, Ulpien rapporte deux opinions différentes de Papinien : l'application du sénatus-consulte aux traditions, sa non-application aux stipulations. Ulpien approuve seulement la première opinion,

(*w*) Le nouveau décret est certainement de l'an 206 (L. 32, pr. cit.); l'ancien aurait déjà existé du temps de l'association à l'empire (Fragm. Vatic., § 294. Voyez plus haut, note *c*), et ainsi ne pourrait être antérieur à l'an 198.

(*x*) Voyez les textes cités, notes *a*, *b*, *c*.

si toutefois le mot *recte* est authentique ; sur la seconde, il ne s'explique pas formellement, car il dit : « *recte* putabat... ad rerum donationem pertinere ; *denique*... non putabat, etc. » Si nous ne possédions que ce texte, nous pourrions sans scrupule étendre l'approbation tacite d'Ulpien à la seconde opinion ; mais il n'en est plus de même en présence des autres textes d'Ulpien, qui établissent une opinion contraire. Sans doute, d'après ce point de vue, on devrait s'attendre à voir Ulpien réfuter formellement l'opinion de Papinien ; il l'avait vraisemblablement fait (*y*), et les compilateurs auront omis cette réfutation ; peut-être y auront-ils été déterminés par l'ancienne disposition législative qui enlève toute autorité aux notes d'Ulpien et de Paul sur les ouvrages de Papinien (*z*). La disposition n'était pas, il est vrai, directement applicable au cas qui nous occupe, et elle n'enchaînait pas les rédacteurs du Digeste ; mais ceux-ci croyaient peut-être se conformer à son esprit en omettant un passage où Ulpien

(*y*) A peu près en ces termes : denique *non recte* putabat, ou bien avec cette addition : ego contra puto, ou : quo jure non utimur. *Cf.* L. 54, de cond. (XXXV, 1) ; L. 76, § 1, de furtis (XLVII, 2), qui renferment des formules semblables pour réfuter une opinion citée.

(*z*) L. 3 (autrefois L. un.). C. Th. de resp. prud. (I, 4), « .... Notas etiam Pauli atque Ulpiani, in Papiniani corpus factas, sicut dudum statutum est, præcipimus infirmari. »

combattait ouvertement une opinion de Papinien.

C'eût été là, dira-t-on, manquer de prévoyance et jeter de l'incertitude sur la liaison de ce fragment avec les autres textes. Mais, quel que soit le système que l'on adopte, il faut reconnaître que les rédacteurs ont fait acte d'inadvertance en insérant à la fois ces différents textes; il n'y a donc rien dans cette critique de favorable ou de contraire à aucun système. Ici, comme dans d'autres cas semblables, les compilateurs ne se seront certainement pas aperçus que la L. 23, telle qu'elle se trouve rédigée, est en opposition avec les lois 32 et 33 cit.

Pour nous, obligés de concilier ces textes et d'en tirer un résultat pratique, où devons-nous le chercher? Sans doute dans les textes d'Ulpien (L. 32, 33 cit.), qui, de la manière la plus formelle, et par les applications les plus diverses, établissent l'autorité générale du sénatus-consulte. Quant à la restriction tentée par Papinien, elle nous apparaît comme une simple notion historique, soit qu'à cet effet on efface le mot *recte* ou qu'on le rapporte exclusivement à la première opinion de Papinien, d'ailleurs incontestable, et non à la seconde, qui dès lors se réduit à un renseignement historique (*aa*).

Voici, en outre, une circonstance remarquable

(*aa*) Löhr, p. 241, et Puchta, p. 385, ont ainsi expliqué la chose, du moins quant au résultat.

et que chacun a invoquée à l'appui de son opinion. Déjà du temps de Justinien on s'était demandé si les donations résultant d'une obligation étaient confirmées par la mort du donateur, et l'empereur a résolu affirmativement la question dans la Novelle 162. Le doute s'était sûrement élevé au sujet de la L. 23 cit., car, pour les jurisconsultes d'alors comme pour nous, le Digeste était la loi à appliquer. — On pourrait croire que cette Novelle termine toute discussion; malheureusement elle n'est pas glosée. Or, disent les adversaires de mon opinion, si Justinien a cru nécessaire de rendre là-dessus une loi nouvelle, cela montre que jusqu'alors, par conséquent, d'après le Digeste, la doctrine contraire a dû prévaloir. L'argument serait sans réplique si la Novelle 162 constituait une nouvelle loi; mais Justinien se contente d'enseigner et de raisonner d'après les lois existantes; ainsi donc la Novelle milite en faveur de mon opinion, non à titre de loi, car elle n'est pas glosée, mais comme l'autorité la plus grave.

La marche suivie en cette occasion par les auteurs qui ont écrit sur la pratique est très-digne d'être remarquée. Ils admettent l'application illimitée du sénatus-consulte, et ils s'appuient sur la Novelle 162 (*bb*). Non qu'en général ils pré-

(*bb*) Lauterbach, h. t., § 14; Huber, h. t., § 5; Struv. Exerc. 30, § 30; Cocceji, h. t., quæst. 2.

tendent attribuer force de loi aux Novelles non glosées, mais parce que leur autorité est du plus grand poids quand il s'agit de concilier deux textes contradictoires du Digeste. Ce point de vue est donc tout à fait le mien; seulement ils ne l'ont pas mis dans tout son jour.

§ CLXV. — V. *Donation.* — *Restrictions.* 2. *Formalités particulières.*

La seconde espèce de restrictions positives auxquelles la donation est soumise consiste en formalités particulières. Mais, pour exposer la nature spéciale du droit nouveau actuellement en vigueur, il faut remonter au droit ancien, notamment à celui établi par la *lex Cincia* (*a*).

Nous pouvons admettre qu'anciennement les donations étaient soumises aux deux restrictions suivantes :

(*a*) Il n'entre pas dans le plan de mon ouvrage de faire une dissertation spéciale sur cette question difficile. On peut consulter là-dessus Savigny, Zeitsch. f. gesch. Rechtsw., vol. IV, p. 1 (dissertation écrite avant la découverte des fragments du Vatican); Rudorff de L. Cincia, Berol., 1825. 8; Franke, Civilistische Abhandlungen, p. 1-64; Klinkhamer, de donationibus, Amstel., 1826.8; Hasse, Rhein. Museum, vol. I, p. 185-248; Unterholzner, Rhein. Museum, vol. II, p. 436, vol. III, p. 153; Wenck, Præf. in Hauboldi opuscula, vol. I, p. 37-61. — Les sources récemment découvertes ont rendu inutiles les anciens auteurs, tel que Brummer.

1) Prohibition des donations excédant une certaine somme que nous ne connaissons pas ;

2) Formes particulières exigées pour la validité de la donation. Elles se rattachent naturellement à la perfection qui est la condition nécessaire de toute donation efficace (§ 155). Mais ici des prescriptions spéciales ajoutent à la difficulté de cette perfection. Ainsi les *mancipi res* ne peuvent être données valablement qu'au moyen de la mancipation ou de la *in jure cessio* (*b*); il fallait en outre une possession de nature à procurer la protection des interdits.

Mais il y avait un certain nombre de *personæ exceptæ*, parmi lesquelles figurent surtout les proches parents du donateur et de son conjoint (*c*).

(*b*) La plupart des textes parlent seulement de la mancipation, parce que cette forme était la plus usitée ; mais ici comme ailleurs, la *in jure cessio* n'était pas moins efficace que la mancipation. Cod. Hermog., VII, 1 (autrefois VI, 1).

(*c*) Fragm. Vat., § 302. « Excipiuntur... vir et uxor, sponsus, sponsa. » Il est singulier de voir ici parmi les personnes exceptées les époux, auxquels précisément les donations étaient en général interdites. Mais de là il ne faudrait pas conclure que la prohibition des donations entre époux soit postérieure à la L. Cincia. D'un autre côté, les exceptions spéciales à la prohibition (§ 163) sont, les unes trop peu importantes, les autres d'une origine trop moderne, pour avoir été mentionnées dans une loi de cette époque. Probablement il s'agit ici des donations permises entre époux, *mortis causa* et *divortii causa* (§ 162), qui se trouvaient alors facilitées et favorisées sans doute avec beaucoup de raison. Sur la question de savoir si la L. Cincia a pu vouloir

Ces personnes favorisées devaient toujours remplir les conditions naturelles de la donation parfaite, mais elles n'étaient pas soumises aux prescriptions particulières dont je viens de parler (*d*).

Il y a en cette matière deux questions principales que l'on n'a pu jusqu'ici résoudre d'une manière certaine. Premièrement, parmi ces prescriptions, lesquelles doit-on rapporter à la *L. Cincia* ou bien à d'autres sources du droit, et alors quelles sont ces sources? Deuxièmement, quelle relation y a-t-il entre ces formalités particulières et la distinction des grandes et des petites donations? Quant à ce dernier point nous n'avons à choisir qu'entre les deux alternatives suivantes. Les grandes donations étaient absolument prohibées, et alors les formalités particulières étaient seulement établies pour la validité des petites donations (*d*[1]); ou bien les petites

établir une exception en faveur de la *m. c. donatio*, voyez plus bas, note *f*, et § 174, *a*.

(*d*) Fragm. Vat., § 310, 311, 293, 266. Dans plusieurs cas cette différence n'était pas visible. Ainsi, par exemple, celui qui voulait donner un immeuble situé dans une province devait employer la tradition, soit que le donataire fût une *excepta* ou non *excepta persona* (l. c., § 293).

(*d*[1]) Pour compléter cette opinion, on pourrait admettre que, quand une donation importante avait été réalisée, le donateur pouvait la reprendre en vertu d'une condiction non soumise aux règles ordinaires de la condiction, c'est-à-dire indépendante de l'existence d'une erreur, ainsi que nous le voyons établi pour les donations entre époux. Voilà ce que semblent indiquer la

donations n'étaient assujetties qu'aux règles naturelles de la perfection, et les formalités particulières n'étaient exigées que pour la validité des grandes donations.

Voici néanmoins, au milieu de ces incertitudes, deux points importants qui semblent incontestables. D'abord, l'inobservation de ces formalités n'entraînait pas la nullité de l'acte comme pour les donations entre époux; elle protégeait le donateur qui se repentait de sa libéralité, en lui ouvrant certaines voies de droit contre la demande du donataire. Si, par exemple, une maison avait été donnée au moyen de la mancipation, sans transmission de la possession conférant les interdits, le donataire avait la propriété, et conséquemment le droit de revendication; mais on pouvait lui opposer une *exceptio L. Cinciæ*. Il résultait de là que si, au contraire, la possession de la maison avait été livrée, mais sans mancipation, ce vice de forme pouvait bientôt se couvrir au moyen de l'usucapion, et, les deux années une fois expirées, la donation devenait inattaquable (*e*). — Ensuite, le droit de faire annuler

L. 21, § 1, de don. (XXXIX, 5); la L. 5, § 5, de doli exc. (XLIV, 4); peut-être aussi le Fragm. Vat., § 266, bien que ce dernier texte puisse également s'appliquer à la *condictio indebiti* ordinaire, puisque le donataire avait été cru par erreur un *exceptus*.

(*e*) Fragm. Vat., § 293. « quæ mancipi sunt, *usucapta vel mancipata*... avocari non possunt. » Peut-être était-ce là dans

la donation pour omission de ces formalités était personnel au donateur; si donc celui-ci mourait sans avoir attaqué la donation, ce droit ne passait pas aux héritiers (*f*). Ces deux points sont hors de toute controverse; on voit donc que cet ancien droit, qui occupait tant les jurisconsultes romains, était, dans son but et dans ses effets, beaucoup plus modéré qu'on ne l'aurait cru au premier abord. On se proposait uniquement de remédier à une libéralité irréfléchie, en permettant dans plusieurs cas au donateur d'attaquer la donation; mais cette faculté était exclue, tantôt par l'observation de certaines formes particulières, tantôt par l'expiration d'un délai très-court, tantôt par la mort du donateur sans avoir exprimé un changement de volonté (*g*).

l'ancien droit l'application la plus importante de l'*usucapio pro donato*. Cette espèce de confirmation n'était pas admise pour les donations entre époux (§ 163, *b*).

(*f*) Fragm. Vat., § 259 : « morte Cincia removetur. » Ibid., § 266 : « nisi forte durante voluntate decesserit donator » (d'après le § 266 on pourrait admettre les faits historiques suivants. Les sabiniens refusaient l'exception à l'héritier, les proculéiens la lui accordaient; mais si le donateur était mort sans changer de volonté, ils admettaient contre l'héritier une *doli replicatio,* et cela d'après un rescrit de l'empereur Alexandre;) Ibid., § 294 : « exceptionem voluntatis perseverantia doli replicatio perimit. » Ibid., § 312. — Ce principe a évidemment dicté le décret du sénat qui déclare la donation entre époux validée par la mort du donateur (§ 164).

(*g*) Ici évidemment la stipulation vient après la mancipation

Ces règles et ces formes de l'ancien droit ont été dans la suite remplacées par d'autres; il ne paraît pas néanmoins qu'aucune loi spéciale ait été rendue à cet effet. Cette abolition tacite s'explique aisément : la forme principale, la mancipation, ayant disparu dans toutes ses applications, elle ne pouvait subsister uniquement en matière de donations (g^1). Comme formalité nouvelle se présente l'insinuation judiciaire (§ 130), abandonnée d'abord à la volonté des parties, depuis Constance Chlore prescrite pour toutes les donations, et enfin restreinte aux donations im-

et la tradition, comme plus dangereuse que celles-ci pour les personnes faibles. Dans le cas d'une simple promesse, le donateur avait l'*exceptio L. Cinciæ;* après le payement, il avait une condiction pour répéter la somme, mais peut-être sous la condition d'erreur (note d^1). Toutes ces prescriptions deviennent inapplicables si la donation est faite à une *persona excepta.* Fragm. Vat., § 266. — La gradation est encore plus évidente s'il s'agit de la remise d'une dette, qui néanmoins a tant d'analogie avec la donation d'une somme d'argent; cette remise est annulée sans doute au moyen d'une *replicatio L. Cinciæ* contre la *pacti exceptio* du débiteur. On trouve une trace remarquable de cette décision dans la L. 1, § 1, quib. mod. pign. (XX, 6). Cf. Zeitssch. f. gesch. Rechtsw., vol. IV, p. 44. Peut-être en était-il autrement de l'acceptilation, parce que, tout étant consommé, il n'y avait plus lieu à *exceptio* ou à *replicatio.*

(g^1) Longtemps après que la mancipation fut tombée en désuétude, on conserva dans les actes de donations des formules qui n'avaient de sens que par rapport à la mancipation (*sestertii numi unius, assium quatuor*). Justinien prohiba comme inutile l'emploi de ces formules. L. 37, C. de don. (VIII, 54).

portantes. Néanmoins, pendant longtemps on trouve encore d'autres formalités empruntées en partie à l'ancien droit. Pour apprécier exactement leur rapport avec le droit nouveau, il est nécessaire de passer en revue les principales lois rendues par les empereurs sur cette matière.

La plus ancienne, rendue par Constantin, l'an 316, nous est parvenue dans trois rédactions différentes (*h*). C'est un édit des plus emphatiques, adressé au préfet de la ville, Maxime. Dans le préambule l'empereur se plaint de l'incurie et des irrégularités qui souvent président aux donations, d'où résultent de nombreux procès et des jugements très-contradictoires. Afin de remédier à cet abus, l'empereur rend, non pas une loi, mais une instruction détaillée sur les moyens à employer pour rendre une donation inattaquable. L'empereur exige trois choses : un acte écrit passé devant témoins, contenant toutes les conditions de la donation ; le nom du donateur et l'indication de la chose donnée, puis la tradition également en présence de témoins (*i*) ; en-

(*h*) La rédaction originaire, mais avec des lacunes vers la fin, se trouve dans les Fragm. Vat., § 249. Au code Théodosien, cette loi est la L. 1, C. Th. de don. (VIII, 12); au code Justinien, la L. 25, C. de don. (VIII, 54). — La date de l'an 316 est certaine d'après le manuscrit du code Théodosien, celle de l'an 223 doit être rejetée. Cf. Wenck, sur la L. 2, C. Th. de administr., III, 19 (ou 30); Hänel, ibid.

(*i*) « Advocata vicinitate, omnibusque arbitris quorum post fide

fin, l'insinuation judiciaire (*k*). On pourrait croire que ce sont là des formalités indispensables, dont l'omission entraîne la nullité de l'acte. Le passage suivant nous prouve qu'il n'en est pas ainsi : « Quod si... orba publico testimonio liberalitas cæcam gratiam obscurosque cœtus prodiderit, quoniam sola fraus cognita est, eorum quæ donata dicuntur *temere non erit fides accipienda.* » Quand donc ces formalités n'ont pas été remplies, l'acte n'est point annulé, mais le juge doit admettre moins facilement l'existence de la donation et contrôler les faits avec plus de rigueur qu'à l'ordinaire. Tout cela présente plutôt le caractère d'une instruction que celui d'une loi.

Environ un siècle après cet édit, la rédaction écrite des donations fut déclarée chose indifférente (*l*). Non que l'on voulût déroger à l'édit, mais seulement déclarer que la rédaction par écrit était une mesure de prudence, non une formalité indispensable. Ensuite on ajoute, ce qui est tout à fait dans l'esprit de l'édit, qu'on

uti liceat. » La tradition était maintenue comme nécessaire d'après le droit antérieur.

(*k*) L'insinuation avait déjà été exigée par le père de Constantin, comme on le verra tout à l'heure. Constantin ne fait ici que rappeler cette prescription.

(*l*) L. 29, C. de don. (VIII, 54) de l'an 428 : «... et si sine scripto donatum quid fuerit, *adhibitis aliis idoneis documentis,* hoc quod geritur comprobatur. »

peut suppléer par d'autres preuves à l'absence d'un acte par écrit.

Les mêmes empereurs qui avaient rendu cette loi promulguèrent, dix ans plus tard, le code Théodosien. Là, on trouve un extrait succinct de l'édit de Constance (note *h*), qui a beaucoup plus le caractère d'une loi que le texte original. Les empereurs avaient, dans la loi précitée, prévenu toute fausse interprétation relativement à la rédaction par écrit dont parle l'édit. Quant à la tradition et à l'insinuation, ce sont toujours des formalités nécessaires, non des formalités nouvelles. Mais quelles suites devait avoir l'inobservation de ces formalités ? Le code Théodosien est muet sur cette question importante. On pourrait dire que la nullité s'impliquait de soi-même ; mais nulle part la nullité ne pouvait moins s'impliquer de soi-même qu'en matière de donations. On était depuis plusieurs siècles accoutumé à des formalités positives, mais dont l'omission avait toujours eu des suites bien différentes de la nullité. Sans doute les rédacteurs du code Théodosien supposent que l'on connaît ces suites et qu'on les rattachera à l'inobservation de la loi. Leur supposition n'a rien de blâmable, car les écrits des anciens jurisconsultes, où l'on pouvait s'instruire, étaient alors entre les mains de tous les juges.

Quarante ans après la publication du code

Théodosien, il paraît que l'on attacha souvent trop d'importance à la présence des témoins dans les actes de donations. Aussi l'empereur Zénon (*m*) ordonna que l'insinuation judiciaire dispenserait d'appeler des témoins pour la tradition (*n*). Lorsque l'insinuation n'est pas exigée (*o*), l'acte n'a pas besoin d'être signé par des témoins, et l'on peut, d'après la loi déjà rendue, donner valablement sans acte par écrit.

Justinien a inséré dans son code les trois lois dont je viens de parler, nommément l'édit de Constantin, mais avec des changements remarquables. Relativement à l'insinuation, il ajoute : *ubi hoc leges expostulant*, car Justinien n'exige l'insinuation que pour les donations excédant 500 *solidi*. On ne dit rien de la tradition, sans doute parce que Justinien avait ordonné ailleurs que la simple promesse de tradition, sans aucunes formalités, donnerait ouverture à une action (*p*). Enfin la prescription d'un acte écrit a été conservée, mais avec un changement remarquable. Constantin avait dit : tabulæ.... *scientibus pluri-*

(*m*) L. 31, C. de don. (VIII, 54) de l'an 478.

(*n*) « non esse necessarium... *vicinos vel alios testes* adhibere. » Allusion littérale à la loi de Constantin, sur les témoins exigés pour la tradition (note *i*).

(*o*) C'est-à-dire d'après le droit alors en vigueur pour la *donatio ante nuptias* qui n'excédait pas 200 *solidi* L. 8, C. Th. de spons. (III, 5).

(*p*) L. 35, § 5, de don. (VIII, 54).

mis perscribantur. C'est là une indication de la présence des témoins, sinon une prescription formelle. Les mots *scientibus plurimis* sont conservés dans le code Théodosien, ils sont omis dans le code Justinien (*q*). Tout ce que l'on pourrait induire de là pour le droit actuel serait la nécessité d'un acte écrit, mais non la présence de témoins. Une constitution de l'an 428 ayant déjà déclaré cette formalité superflue (note *l*), et cette constitution ayant été insérée dans le code, nous avons sur ce point une décision formelle de Justinien.

L'édit de Constantin est donc redevenu ce qu'il était dans l'origine, une instruction sur les précautions à prendre pour rédiger un acte de donation quand les parties veulent faire un acte écrit. Si maintenant on récapitule les prescriptions du droit Justinien sur la forme des donations, on voit que, excepté l'insinuation, il n'exige

(*q*) On trouve, il est vrai, un peu plus haut ces mots : *neque id occulte aut privatim*, qui ont été conservés par Justinien; mais cela exprime tout autre chose que l'emploi des témoins. On agit ouvertement, sans mystère, quand, par exemple, des amis et des parents connaissent la donation, sans pour cela avoir appelé des témoins à la rédaction de l'acte. — Les mots *scientibus plurimis* se rapportent plus directement à l'emploi des témoins; mais ils ne l'exigent pas d'une manière positive, car plusieurs personnes peuvent avoir connaissance de la donation sans avoir assisté comme témoins à la rédaction de l'acte.

aucune formalité particulière, ni acte écrit, ni témoins, ni tradition.

Tel serait l'état des choses, quand même nous n'aurions sur le sujet qui nous occupe aucune autre déclaration de Justinien ; mais ces déclarations ne nous manquent pas. Après plusieurs dispositions très-détaillées sur l'insinuation, voici ce que l'empereur ordonne quant à la forme des donations (*r*). La réserve d'usufruit vaut comme tradition, et en conséquence transfère immédiatement la propriété. La stipulation engendre une action pour obtenir l'exécution au moyen de la tradition. La simple promesse sans aucune formalité engendre également cette action. C'était bien certainement le lieu de mentioner les témoins, si Justinien eût exigé leur présence pour la tradition ou pour le contrat ; mais là-dessus pas un seul mot. Le contenu de cette nouvelle loi est résumé en ces termes dans les Institutes :

§ 2. Inst. de don. (II, 7) «..... Perficiuntur autem, cum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit. Et *ad exemplum venditionis* nostra constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit : ut etiam si non tradantur, habeant plenissimum robur et perfectum, et traditionis necessitas incumbat donatori. »

(*r*) L. 35, § 5, C. de don. (VIII, 54).

Deux choses sont à remarquer dans ce texte : d'abord le silence sur les témoins, dont on aurait certainement dû faire mention si leur présence eût été jugée nécessaire; ensuite l'analogie formellement exprimée du contrat de vente. La tradition peut être exigée, porte ce texte, *comme s'il s'agissait d'un contrat de vente*, ce qui signifie *nudo consensu;* de sorte qu'il n'est pas besoin de stipulation pour exercer cette action. De là résulte, en outre, que les témoins ne sont pas nécessaires; car pour les contrats consensuels on n'exige pas plus la présence de témoins que toute autre forme positive des contrats.

J'ai traité cette question avec plus de développements qu'il ne semble nécessaire, parce que de nos jours on a établi des principes tout opposés; on a dit que, malgré ces changements du droit, la présence de trois témoins avait toujours été une formalité indispensable pour la validité des donations, soit qu'elles résultent de la tradition ou d'un contrat obligatoire, excepté néanmoins les donations insinuées, qui ne sont soumises à aucune autre formalité. L'on a dit que telle était la règle établie par le droit Justinien (*s*).

On allègue à l'appui de cette doctrine qu'il y

(*s*) Marezoll dans : Grolman und Löhr Magazin, vol. IV, p. 175-203. Schröter dans : Linde Zeitschrift für Civilrecht und Prozesz, vol. II, p. 132.

aurait eu inconséquence à établir des formalités particulières, nommément le concours des témoins, pour les donations écrites, et à n'en prescrire aucune pour les donations verbales. Mais que prouve cet unique argument en une matière successivement soumise à tant de règles arbitraires? Justinien ne s'est-il pas montré aussi inconséquent lorsqu'il attribue une action pour toute espèce de donation et exige la stipulation pour le prêt à intérêt? — On a dit ensuite que la Novelle 50 de l'empereur Leo et les scolies des Basiliques exigent la présence de trois témoins pour la validité des donations, et que cette formalité doit se reporter dans les temps anciens auxquels elle a été empruntée (*t*). Mais le motif allégué rend cette espèce d'argumentation encore moins admissible ici que partout ailleurs. Justinien n'aura sans doute pas compté que ces formalités indispensables des donations, voulues par lui, mais non exprimées, seraient trois ou quatre siècles plus tard révélées à ses sujets. — Il s'agit donc de savoir si, dans un examen attentif de la législation Justinienne, nous trouvons quelque chose sur la nécessité des témoins. Elle se trouve cachée, dit-on, sous ces mots : *adhibitis aliis idoneis documentis* (note *l*), des empereurs Théodose II et Valentinien III, qui doivent s'in-

(*t*) Marczoll, p. 179-184.

terpréter ainsi : pourvu, en matière de donations verbales, qu'on ait employé les autres *documenta* ou formalités connues, et par là se trouverait désignée la présence des trois témoins (*u*). Le sens naturel de *documentum* est *preuve* de quelque nature que ce soit; appliqué principalement ou exclusivement à la preuve par témoins, ce mot n'est guère usité. Néanmoins, je n'insiste pas sur cette critique, car il s'agit ici d'une chose exprimée ailleurs, et connue de tout le monde. Mais cette chose doit se trouver quelque part; où devons-nous donc la chercher? Uniquement dans l'édit de Constantin. Or, cet édit, tel qu'il est rapporté dans le code Justinien, ne fait aucune mention de témoins; ainsi donc, rien, dans la législation justinienne, ne nous indique qu'il soit bon d'appeler, pour une donation, des témoins, et précisément au nombre de trois.

Il résulte de cette recherche que, depuis l'abandon des formes et des règles de l'ancien droit, l'insinuation est la seule formalité exigée. Les praticiens l'ont constamment reconnu (*v*), et quand même les recherches historiques donneraient un autre résultat, cela n'aurait sur le droit actuel aucune influence. En effet, il ne s'agit pas ici

(*u*) Marezoll, p. 187-189.

(*v*) Mühlenbruch, § 442, note 11.

d'une institution que la science ait mission de compléter en la débarrassant des erreurs qui la défigurent, mais d'une formalité isolée et arbitraire qui se trouverait abolie par une désuétude de tant de siècles, quand même elle existerait dans les sources du droit Justinien (*w*).

§ CLXVI. — V. *Donation.* — *Restrictions.* 2. *Formalités particulières.* (Suite.)

La seule formalité particulière à laquelle les donations soient soumises par le droit actuel est donc l'insinuation; son étude approfondie demande aussi une introduction historique préliminaire (*a*.

L'insinuation se trouve mentionnée pour la première fois dans un édit de Constantin, de l'an 316 (§ 165, *h*), mais qui en parle comme d'une chose déjà connue.

La loi rendue l'an 319 par le même empe-

(*w*) De même on peut établir avec beaucoup de fondement que les formes usitées pour les testaments depuis le moyen âge reposent en grande partie sur des erreurs historiques. (Savigny, *Histoire du droit romain au moyen âge*, vol. I, § 27 ; vol. II, § 67). Néanmoins, là où le droit romain est en vigueur, cette conviction ne saurait avoir aucune influence pratique sur l'appréciation des testaments.

(*a*) Ce sujet a été traité avec détail et profondeur par Marezoll dans : Linde Zeitschrift für Civilrecht und Prozesz, vol. I, p. 1-46.

reur (*b*) a pour nous plus d'importance; elle attribue l'introduction de l'insinuation à l'empereur Constance Chlore, qui dispensa de cette formalité les *personæ exceptæ* de l'ancien droit (§ 165). Constantin abolit cette dispense, et imposa ainsi à tous la nécessité de l'insinuation. — Plusieurs lois subséquentes se contentent de confirmer ce principe sans entrer dans de nouveaux détails (*c*).

La première restriction apportée à la généralité de l'insinuation est de l'an 428. La *donatio ante nuptias* inférieure à 200 *solidi* est dispensée de l'insinuation (*d*).

En 529, Justinien dispensa de l'insinuation toutes les donations jusqu'à la somme de 300 *solidi* (*e*); puis, en 531, jusqu'à la somme de 500 *solidi* (*f*). Cette dernière disposition sert de base au droit actuel.

La loi se résume ainsi : toute donation dont la valeur excède 500 *solidi* est soumise à l'insinuation judiciaire. — Il s'agit maintenant de dé-

(*b*) L. 1. C. Th. de spons. (III, 5). Wenk a fait une recherche approfondie sur la date de cette loi, et il l'a fixée contrairement aux suppositions de J. Godefroy.

(*c*) L. 3, 5, 6, 8, C. Th. de don. (VIII, 12).

(*d*) L. 8, C. Th. de spons. (III, 5); L. Rom. Burgund., tit. XXII.

(*e*) L. 34, pr. C. de don. (VIII, 54).

(*f*) L. 36, § 3, C. de don. (VIII, 54); § 2, J. de don. (II. 7).

terminer la valeur du *solidus* et celle de la donation, afin de comparer ces deux termes.

La pratique moderne assimile la valeur du *solidus* romain à celle du ducat actuel ; mais cela ne suffirait pas pour donner une quantité fixe ; d'abord, parce qu'il y a plusieurs espèces de ducats, et qu'ensuite chaque espèce de ducats est soumise aux variations que le cours établit dans le rapport de l'or à l'argent. Mais heureusement la pratique a fait un pas de plus, et elle a adopté la valeur qu'avait originairement le ducat de Hongrie, c'est-à-dire 10 francs (*g*). Ainsi donc, 500 *solidi* équivalent à 100 marcs d'argent fin ou 5,000 francs. Il est vrai que le *solidus* du temps de Justinien valait en réalité à peu près 12 francs 50 centimes (*h*) ; mais cette dérogation à l'exactitude historique, dans la fixation d'une somme arbitraire en soi, ne contredit nullement l'autorité d'une pratique universelle, et l'adoption générale d'une valeur uniforme doit être regardée comme un avantage réel.

Pour déterminer la valeur de la donation, il faut recourir aux règles posées plus haut sur l'aliénation, l'enrichissement du donataire et l'intention du donateur.

Si l'objet de la donation est la propriété d'une

(*g*) Carpzov, II, 12, def. 12. Voet ad Pand. XXXIX, 5, num. 18. Pufendorf, Obss. I, 17.

(*h*) Zeitschrift, f. gesch. Rechtsw, vol. VI, p. 392

chose autre que de l'argent, sa valeur doit être fixée juridiquement pour déterminer l'application de l'insinuation. Si la propriété est restreinte par un droit appartenant à un tiers, on doit en tenir compte dans l'estimation (*i*). Si le droit du donateur consiste non en une propriété véritable, mais en une *b. f. possessio*, on ne doit pas moins l'évaluer; il s'agit alors de déterminer combien on pourrait vendre la chose, eu égard à l'incertitude de la possession (*k*). Si cette voie ne mène à aucun résultat certain, on peut attendre que, le délai de l'usucapion étant expiré, la valeur de la propriété véritable devienne l'objet de la donation (*l*). Les fruits à venir de la chose donnée ne doivent jamais entrer en ligne de compte (§ 147).

Si la donation consiste en un usufruit, sa valeur se détermine d'après la durée probable de la vie de l'usufruitier (*m*). On peut aussi attendre

(*i*) On emploie ici le même procédé que pour la détermination de la falcidie. L. 18, § 3, de m. c. don. (XXXIX, 6); L. 1, § 16, ad Sc. Treb. (XXXVI, 1).

(*k*) Avec garantie contre l'éviction; autrement la chose n'aurait pas de valeur positive.

(*l*) Cf. § 156. Si l'éviction s'opère avant le terme fixé pour l'usucapion, en définitive il n'y a pas eu de donation. Cette manière de procéder se justifie par analogie avec les obligations conditionnelles (note *t*).

(*m*) Suivant les règles établies par la L. 68, pr. ad. L. Falc. (XXXV, 2). Meyerfeld, I, p. 136, prétend à tort que la valeur de l'usufruit est fixée régulièrement à la moitié de la valeur de

l'époque de sa mort, et jusque-là, en cas de contestation, fournir une caution qui se confond alors avec la caution générale de l'usufruit.

Si la donation consiste en la promesse d'une rente annuelle qui n'excède pas 500 *solidi* par an, voici les différents cas susceptibles de se présenter.

D'abord, la rente peut être promise pour un certain nombre d'années : sa valeur se détermine alors d'après l'ensemble des payements. Leur succession est une circonstance indifférente, car le principe général subsiste toujours, qu'une semblable promesse doit être considérée comme une obligation simple et indivisible, non comme la réunion de plusieurs dettes indépendantes l'une de l'autre (§ 127, *h*). Ce cas non douteux n'est point mentionné dans les sources du droit. — Mais les cas où la rente ne peut se ramener à une somme déterminée et calculable d'avance étaient pour les anciens jurisconsultes matière à controverse. Justinien donne sur ces différents cas les prescriptions suivantes (*n*) :

la propriété, parce qu'il y a plusieurs exemples d'une semblable estimation. L. 6, § 1, de usufr. (VII, 1); L. 6, § 10, comm. div. (X, 3); L. 16, § 1 fam. herc. (X, 2). Dans ces différents cas, telle pouvait être la valeur réelle déterminée par le juge ou par un accord entre les parties; mais l'âge de l'usufruitier a évidemment la plus grande influence sur la valeur de l'usufruit.

(*n*) L. 34, § 4, C. de don. (VIII, 54).

1) Si la rente doit finir à la mort du donateur ou du donataire, l'insinuation n'est pas exigée, et l'on considère chaque payement comme une donation distincte. Cette décision se fonde sur l'incertitude du terme de la vie (o).

2) Si les héritiers du donateur doivent continuer de payer la rente à ceux du donataire, l'insinuation est toujours exigée (p). Comme on entend par héritiers la succession indéfinie des héritiers, la rente dont il s'agit est en réalité une rente perpétuelle (q).

3) Il en est de même quand la rente doit finir à la mort de l'héritier immédiat du donateur ou de l'héritier immédiat du donataire (r). La

(o) « Ut si hujusmodi... egitimam quantitatem. » C'est-à-dire que la donation demeure valable quand même les payements effectués par la suite s'élèveraient au delà de 500 solidi.

(p) « *Sin autem etiam heredum ex utraque parte fuerit mentio*, vel (non) adjiciatur tempus vitæ (heredum), vel donatoris, vel ejus qui donationem accepit : tunc quasi perpetuata donatione... excedere legitimum modum, et omnimodo acta deposcere, et aliter minime convalescere. » Les mots imprimés en caractères italiques désignent ce second cas. — Je n'ai pas besoin de dire qu'il n'y a infraction que quand les payements effectués dépassent 500 solidi.

(q) L. 65, de V. S. (L. 16); L. 194, de R. J. (L. 17).

(r) Voici pour ce troisième cas la leçon ordinaire : vel adjiciatur tempus vitæ vel donatoris, vel ejus qui donationem accepit (note *p*). Mais comme cette leçon rentre évidemment dans le premier cas, elle ne peut être admise, et c'est en vain qu'on a eu recours pour la défendre aux explications suivantes. (Roberti lectiones, I, 26, animadv., I, 25; Marezoll, p. 21.) 1° Il

durée indéfinie de la prolongation fait dans ce cas assimiler la rente à une rente perpétuelle (*s*).

faut qu'il y ait un nombre d'années déterminé ajouté à la durée de la vie. Si par là on entend que la rente est établie pour ce nombre d'années, alors même qu'il dépasserait la durée de la vie, à quoi bon parler de cette durée ? Si, au contraire, la condition de survie est ajoutée à la détermination des années, par exemple, pendant vingt ans, à moins que le donateur ne meure auparavant, la fixation se trouve encore plus restreinte que dans le premier cas, et l'on ne pourrait assimiler cette rente à une rente perpétuelle. 2° Il faut qu'il y ait une époque fixée au delà du décès, par exemple, pendant un an après ma mort ; mais ce serait une inconséquence d'assimiler ce cas à une rente perpétuelle, puisque, sauf une courte prolongation, il rentre dans le premier cas. — C'est pourquoi Cujas corrige ainsi le texte : vel *non* adjiciatur (ou *nec* adjiciatur), et obtient un sens raisonnable : « ou (sans parler des héritiers) si la rente n'est pas fixée à la durée de la vie des parties. » (Comm. in L. 16 de V. O., opp., I, 1173, et observ. XV, 22.) Les Basiliques et les scolies des Basiliques ne décident rien. (T. VI, p. 187-223. Cuj. l. c. Contius in L. cit., éd. 1571.) — Je lis : vel adjiciatur tempus vitæ *heredum* vel donatoris, etc., leçon qui se trouve dans un de mes deux manuscrits du Code, et donne le sens suivant : Quand même on n'aurait pas parlé des *heredes* en général (ce qui comprendrait tacitement tous les héritiers futurs). Mais si la rente est constituée jusqu'à la mort des héritiers immédiats (tempus vitæ *heredum*.) » Alors il s'agirait effectivement d'un nouveau cas auquel s'appliqueraient parfaitement les motifs donnés plus bas (note *s*). Une ancienne glose interlinéaire essaye d'attribuer au texte le même sens par voie de simple interprétation. Le Cod. Berol., in-fol., n. 274, place au-dessus des mots vel donatoris cette glose explicative : S. (c'est-à-dire scilicet) *heredum*, glose qu'il reproduit au-dessus des mots vel ejus.

(*s*) « tunc, *quasi* perpetua donatione, et *continuatione ejus*

Si l'objet de la donation est une créance conditionnelle, on attend, pour apprécier la nécessité de l'insinuation, que la condition soit accomplie ou ait fait défaut. Du moins cela est plus sûr que d'estimer la valeur de la donation d'après le degré de vraisemblance qu'offre l'accomplissement de la condition (*t*). Si le recouvrement de la créance est incertain, on se règle d'après sa valeur vénale (*u*).

La remise d'une dette constitue toujours une donation en argent égale au montant de la dette, et cela quand même le débiteur serait insolvable (§ 158, *b*).

Une décision rigoureuse de ces cas douteux ne devient nécessaire que quand le donateur, regrettant sa libéralité, veut faire révoquer la donation pour défaut d'insinuation. Si, au contraire, lors de la donation, les parties s'étaient formé la conviction que l'insinuation n'était pas nécessaire, on ne pourrait, dans la suite, attaquer la

magnam et opulentiorem eam efficiente... omnimodo acta deposcere. »

(*t*) En effet, c'est ainsi que l'on procède pour fixer la quarte falcidie. L. 45, § 1 ; L. 73, § 1, ad L. Falc. (XXXV, 2).

(*u*) Encore par analogie de la falcidie. L. 82 ; L. 22, § 4, ad L. Falc. (XXXV, 2). La valeur vénale de la créance s'entend de ce qu'elle pourrait se vendre si la L. Anastasiana n'eût pas prohibé toutes les ventes de ce genre. — S'il s'agit d'un papier-monnaie coté à la Bourse, on se règle d'après la valeur du cours à l'époque de la donation.

donation pour défaut d'insinuation, à moins d'établir qu'il y a eu intention d'éluder la loi.

S'il intervient entre les mêmes personnes et à différentes époques plusieurs donations, on ne doit pas les réunir pour établir la nécessité de l'insinuation, quand même il paraîtrait que la donation a été divisée afin d'éluder la loi (*v*). Si donc la donation résulte d'une obligation de 800 *solidi* sans insinuation, et que plus tard l'obligation soit acquittée, jusqu'à concurrence de 500 *solidi* il y a payement d'une dette légitime (§ 157, *a*, *b*); pour les 300 autres *solidi*, payement d'une dette réelle, c'est-à-dire donation nouvelle, mais qui, seule, n'excédant pas la quotité légale, est régulière et irrévocable. Ainsi ce cas spécial nous offre un résultat différent de celui qu'il aurait entre époux (§ 163).

L'insinuation, là où elle est nécessaire selon les règles que je viens de poser, consiste en un protocole judiciaire dressé sur la déclaration des parties. Anciennement cette déclaration devait se faire devant le magistrat compétent (*w*); d'a-

(*v*) L. 34, § 3, C. de don. (VIII, 54). C'était une question controversée par les anciens jurisconsultes relativement à la L. Cincia.

(*w*) L. 3, C. Th. de don. (VIII, 12) de l'an 316. On parle ici du juge dans la juridiction duquel habite le donateur et se trouve la chose donnée. S'il y avait deux juridictions, on donnait sans doute pour les immeubles la préférence au *forum rei sitæ*.

près le droit nouveau, tout magistrat est habile à la recevoir (*x*). Son rôle se borne à une attestation d'authenticité ; ce n'est donc pas une ratification qu'il puisse refuser suivant les circonstances. Si néanmoins le magistrat reconnaît que l'acte est fait dans un but illégal, il peut et doit refuser son concours à un pareil acte.

§ CLXVII. — V. *Donation.* — *Restrictions.* 2. *Formalités particulières.* (Suite.)

Le point le plus important est de savoir quels effets produit le défaut d'insinuation. Il était très-naturel de se reporter à la jurisprudence née de la *L. Cincia*, qui faisait respecter la loi par des moyens artificiels (§ 165). Cette assimilation n'eut pas lieu, et ce serait une grande erreur de croire que cela se soit fait sans réflexion et par hasard. L'expérience avait montré sans doute que cet ancien droit suscitait de grands embarras et de nombreuses controverses, tandis que le principe relatif aux donations entre époux était d'une application simple et facile.

Il est du moins certain que l'on étendit ce principe au défaut d'insinuation. L'acte non insinué est radicalement nul et considéré comme

(*x*) L. 8, C. Th. de don. (VIII, 12) de l'an 415. — L. 27, 30, 32, C. de don. (VIII, 54). — Marezoll, p. 6.

non avenu. Néanmoins la nullité ne frappe que la valeur excédant 500 *solidi;* jusqu'à concurrence de cette somme, la donation demeure valable (*a*). Ainsi donc on appliqua à cet excédant de valeur le droit qui a toujours régi les donations entre époux (§ 163).

Nous ne voyons le principe développé que dans une seule application, mais elle montre qu'on en avait très-bien compris toute la portée. Si la donation d'une chose qui ne se consomme pas par l'usage, par exemple d'un immeuble, s'opère au moyen de la tradition, il y a, en vertu de ce principe, communauté de propriété entre le donateur et le donataire, et, en cas de contestation, le juge devra déterminer la part revenant à chacun d'eux. Voici maintenant des prescriptions spéciales destinées à prévenir les contestations. Le propriétaire de la portion principale peut acheter l'autre au prix de l'estimation ; s'il refuse d'user de cette faculté, on procède à un partage en nature. Si le partage en nature ne peut se faire sans inconvénient, la portion principale peut être achetée par le copropriétaire au prix de l'estima-

(*a*) L. 34, pr., C. de don. (VIII, 54). «... Si quid autem supra legitimam definitionem fuerit, *hoc quod superfluum est* tantummodo non valere : *reliquam vero quantitatem,* quæ intra legis terminos constituta est, *in suo robore perdurare* : *quasi nullo penitus alio adjecto, sed hoc pro non scripto, vel non intellecto esse credatur*.

tion (*b*). — Du principe de la nullité absolue il résulte aussi que, pour l'excédant de valeur, la donation ne saurait jamais être un titre d'usucapion ; ainsi l'usucapion ne couvre jamais le défaut d'insinuation, tandis que dans l'ancien droit l'usucapion écartait les suites fâcheuses de la *L. Cincia* (§ 165, *e*). — Voici une autre conséquence du même principe : pour l'excédant de valeur, le donataire doit être considéré comme possesseur de mauvaise foi en ce sens qu'il sait n'y avoir aucun droit de propriété, mais comme de bonne foi en ce sens qu'il est fondé à se croire possesseur de l'aveu du propriétaire, tant que celui-ci n'a pas exprimé l'intention de révoquer la donation (§ 150, 151).

En ce qui touche les autres questions non résolues par Justinien, on doit, vu l'identité des motifs, leur appliquer le droit si soigneusement développé par les anciens jurisconsultes au sujet des donations entre époux (§ 163). Cela s'entend nommément des voies de droits à employer quand la donation est attaquable pour défaut d'insinuation. En pareil cas, le donateur qui se repent de sa libéralité peut réclamer l'excédant de valeur au moyen de la revendication ou de la condiction, selon que le donataire détient encore la chose elle-même ou sa valeur. Il se pourrait

(*b*) L. 34, § 2, C. de don. (VIII, 54).

que les rédacteurs du Digeste aient cru inutile de développer les conséquences du défaut d'insinuation, dans la conviction que l'on appliquerait à cette matière les règles si détaillées sur les donations entre époux. L'assimilation établie par Justinien entre ces deux institutions confirme ce que j'ai dit plus haut que, quand une donation est attaquée pour défaut d'insinuation, et que l'on recherche si le donataire se trouve encore enrichi, on doit procéder absolument comme s'il s'agissait d'une donation entre époux (§ 151); car on peut sans doute, comme je l'ai fait, envisager les conséquences de la consommation par rapport à l'étendue de la donation, mais on peut aussi, et avec non moins de raison, l'envisager par rapport aux conditions et aux limites de la condiction. Or, si la condiction s'applique évidemment au cas du défaut d'insinuation, en l'absence de prescriptions spéciales, nous ne pouvons que lui appliquer les règles établies pour la condiction entre époux.

Si une donation soumise à l'insinuation s'effectue avec le concours de personnes étrangères, par exemple au moyen de la novation, on demande si la nullité résultant du défaut d'insinuation s'étend à l'acte passé avec ces personnes, et qui en soi n'est pas une donation.

J'ai traité dans l'appendice X cette question difficile.

Il ne me reste plus à parler que des cas exceptionnels où la donation, quelle que soit sa valeur, se trouve exempte de la formalité de l'insinuation.

Ce sont d'abord les donations faites par l'empereur à des personnes privées, et celles faites par des personnes privées à l'empereur (*c*).

Puis les donations faites pour la reconstruction d'une maison écroulée ou incendiée (*d*). Cette exception est la seule qui s'applique également à la prohibition entre époux et au défaut d'insinuation. S'il y a contestation sur l'emploi des sommes, on s'en rapporte au serment du donataire.

Puis les donations pour *causa piissima*, c'est-à-dire le rachat des captifs. Ici encore le serment du donataire fait foi de l'emploi de la donation (*e*).

(*c*) L. 34, pr., C. de don. (VIII, 54), Nov. 52, C. 2.

(*d*) L. 36, § 2, C. de don. (VIII, 54). On lit dans cette loi : « *pecunias...* præbentibus vel cautionem conficientibus; » d'où Marezoll conclut, p. 26, que l'exception s'applique uniquement aux donations en argent. Je pense que la loi désigne de l'argent ou une valeur quelconque, et que son seul but est de déclarer exempt de l'insinuation la promesse aussi bien que la tradition. Elle parle de *pecuniæ*, parce qu'en pareil cas la donation se fait ordinairement en argent.

(*e*) L. 36, pr., C. de don. (VIII, 54). Ici encore on lit : « *pecunias* dederit, sive per cautionem dare promiserit ; » d'où Marezoll, p. 25, conclut que l'exemption est restreinte aux donations en argent. D'après les motifs exprimés note *d*, je crois cette restriction non fondée ; j'ajoute en outre que cette exemp-

Les donations de choses mobiliaires faites par un *Magister militum*, pour récompenser le courage des soldats, ne sont pas soumises à l'insinuation (*f*). Je ne mentionne cette exemption que comme renseignement historique.

L'exemption établie en faveur de la dot a beaucoup plus d'importance. La dot que la femme se constitue elle-même, n'étant pas une donation (§ 152), n'a pas dès lors besoin d'insinuation ; mais la dot que donne un étranger est une donation véritable faite à la femme, et la dispense d'insinuation accordée par Justinien est une exception positive et fondée sur les mêmes motifs que les autres priviléges établis en faveur de la dot (*g*).

Voici maintenant d'autres exceptions que l'on doit rejeter comme non fondées. Celle d'abord

tion est déjà prononcée par la L. 34, pr., C. eod., sans aucune mention d'un objet déterminé.

(*f*) L. 36, § 1, C. de don. (VIII, 54) : « donationes rerum mobilium vel sese moventium. » Cette désignation de l'objet présente évidemment un sens restrictif.

(*g*) L. 31, pr., C. de j. dot. (V, 12). Cf. § 157 *s.* — Cette exemption s'appliquait aussi d'abord à la *donatio propter nuptias,* Nov. 119, C. 1. Plus tard l'exemption fut abolie pour le cas où le mari voulait, d'après son contrat de mariage, exercer les actions dotales, Nov. 127, c. 2. L'insinuation est ici une formalité spéciale distincte de celle prescrite pour les donations, car la constitution d'une *donatio propter nuptias* du mari à la femme, non plus que la dot apportée par la femme au mari, ne sont pas des donations véritables.

dont parlent plusieurs auteurs pour les donations rémunératoires. Ces donations sont soumises aux règles ordinaires de l'insinuation, sauf la récompense accordée à celui qui nous a sauvé la vie; mais cette récompense n'est pas considérée comme une donation (§ 153). — Puis la donation pour une *pia causa;* elle était autrefois exempte d'insinuation jusqu'à la somme de 500 *solidi* (*h*); cette exception, en devenant la règle générale, a perdu sa signification. — Il ne faut pas non plus admettre comme exception la confirmation de la donation par la mort du donateur, appliquée aux donations entre époux par le sénatus-consulte de l'an 206 (§ 164) : d'abord elle se fonde sur une prescription toute positive que nous ne pouvons étendre arbitrairement; ensuite elle a été établie exclusivement pour les donations entre époux (§ 164, *d*). De plus, Justinien a décidé formellement que les donations, même entre époux, excédant 500 *solidi*, ne seraient confirmées par la mort que si elles avaient été insinuées (*i*); ainsi, à bien plus forte raison, pour toute autre espèce de donation, la mort du donateur ne peut-elle couvrir le défaut d'insinuation. Sous ce rapport, la législation nouvelle sur l'insinuation est plus rigoureuse que la L. Cincia,

(*h*) L. 19, C. de SS. eccl. (I, 2); L. 34, pr., § 1, C. de don. (VIII, 54).

(*i*) L. 25, C. de don. int. vir. (V, 16).

qui admettait la confirmation par la mort (§ 165, *f*), tandis qu'à présent les héritiers du donateur peuvent exciper du défaut d'insinuation.

Si maintenant on compare la prohibition entre époux et la nécessité de l'insinuation, on obtient les résultats pratiques suivants. Dans la règle, toute donation dont la valeur excède 500 *solidi* est nulle à défaut d'insinuation. Entre époux, les donations même inférieures à 500 *solidi* sont nulles, comme les donations importantes, malgré la formalité de l'insinuation. Cette restriction, imposée aux époux, cesse d'avoir effet quand le donateur meurt pendant le mariage sans avoir exprimé un changement de volonté (*k*).

§ CLXVIII. — V. *Donation.* — *Restrictions.* 3. *Révocation pour causes déterminées.*

Afin de montrer clairement la nature spéciale de cette révocation, il est nécessaire de prendre comme termes de comparaison d'autres rapports de droit.

Celui qui donne en vue d'un but juridique autre que la donation même (*ob causam*) peut,

(*k*) C'est ainsi que la chose est envisagée dans la L. 25, C. de don. int. vir. (V, 16).

en règle générale, reprendre la chose donnée, si la *causa* était fausse. Il le peut encore, dans certains cas exceptionnels, indépendamment d'aucune erreur; ainsi, pour les contrats innomés, le droit romain permet de reprendre la chose dès qu'on se repent de l'avoir donnée. Dans ces différents cas s'exercent les condictions, qui néanmoins ne sauraient s'appliquer à la donation (*a*), car celle-ci n'a d'autre but juridique que la donation même; aussi la dation *ob causam* contraste avec la dation à titre de donation.

En matière de donations, la révocation peut avoir lieu pour les motifs suivants : d'abord, si elle a été formellement stipulée, contrat accessoire qui revêt le caractère d'un *modus* (§ 175, *d*); ensuite, lorsque la donation est nulle d'après les règles du droit positif, c'est-à-dire si elle a été faite entre époux ou sans insinuation; la révocation s'exerce alors tantôt au moyen de la revendication, tantôt au moyen de la condiction (§ 163, 167).

Si, indépendamment de ces motifs, qui ont un caractère de généralité, nous trouvons encore une cause spéciale de révocation, elle se rapporte à des donations valables en soi, et dès lors elle a toujours la nature d'une exception.

(*a*) L. 3, 4, de revocandis don. (VIII, 56); L. 6, 7, C. de cond. ob causam (IV, 6).

C'est pourquoi je l'appelle révocation pour causes déterminées (*b*).

Il y a deux espèces de révocation : l'une exercée par un tiers dont les droits se trouvent lésés, et partant contre la volonté du donateur ; l'autre exercée par le donateur lui-même, en conséquence d'un changement de volonté.

La révocation exercée par un tiers se présente dans deux cas : celui de l'*inofficiosa donatio*, et celui de la *Pauliana actio*.

Quand des proches parents voient leur légitime entamée par des donations, ils peuvent, pour la faire compléter, obtenir une révocation partielle des donations (*c*). L'exposition détaillée

(*b*) Les sources spéciales sont : Cod. Th. VIII, 13; Cod. Just. VIII, 56. — Donnellus, Lib. XIV, C. 26-32, a traité ce sujet avec beaucoup de détails.

(*c*) Fragm. Vat., § 270, 271, 280, 281 ; C. Th., II, 20 ; C. Just., III, 29. Franke Notherbenrecht, § 42, 43, 44. — Sans doute, d'après la L. 5, C. tit. cit., il semblerait que le donateur, dans le cas de survenance d'enfants, peut lui-même répéter une partie de la donation afin de rétablir par avance l'intégrité de la légitime; mais les principes établis par Donellus, XIX, 11, § 21-22, réfutent victorieusement cette doctrine. En effet, jusqu'à la mort du donateur on ignore si ces enfants lui survivront et s'ils auront à souffrir de la donation. Dans le texte cité, il est vrai, le donateur lui-même s'était adressé aux empereurs, et ceux-ci lui répondent : « id quod... liberis relinqui necesse est, ex factis donationibus detractum.... *ad patrimonium tuum revertetur*. » Mais ces mots peuvent aussi bien s'appliquer à la réclamation des enfants après la mort du père, et n'avoir

de ce rapport de droit ne peut trouver place que dans la partie du traité où j'examinerai le droit de succession dans ses rapports avec la légitime.

Quand, par des donations, un débiteur se rend frauduleusement insolvable ou augmente son insolvabilité, les créanciers peuvent faire annuler les donations, alors même que les donataires ignoreraient la fraude du donateur (*d*). L'exposition détaillée de ce principe se rattache à la théorie de l'insolvabilité du débiteur.

La révocation exercée par le débiteur se présente également dans deux cas (*e*), dont un seul

pour but que de rassurer ce dernier sur le sort de ses enfants. *Ad patrimonium tuum* serait alors synonyme de *ad hereditatem tuam*. Franke, p. 517-519, soutient l'opinion contraire, et il se fonde principalement sur la nécessité éventuelle de pourvoir à l'entretien d'un *posthumus*. Mais cet argument sort du domaine de l'*inofficiositas*, et nous reporte à la révocation pour survenance d'enfants, révocation qui a des conditions et des motifs tout différents. (Notes *g*, *h*.)

(*d*) Dans le cas où le donataire est de connivence, on ne recherche plus s'il se trouve enrichi; la donation n'est réellement le motif de la révocation que quand le donataire ignore la position du donateur. Cf. § 145, *d*. — Plusieurs auteurs placent sur la même ligne l'*actio Faviana*, mais à tort; car cette action ne supposant ni bénéfice, ni connivence, la donation n'a aucun effet spécial, et ne se distingue en rien des autres espèces d'aliénations. Cf. § 145, *g*.

(*e*) On pourrait encore ajouter la révocation des présents faits par un fiancé, dans le cas où le mariage n'a pas lieu; mais alors le véritable motif de la révocation est que l'on considère la donation comme *datum ob causam* (*non secutam*). Cf. § 162, *i*.

néanmoins subsiste encore dans le droit actuel, celui de survenance d'enfants, et celui d'ingratitude du donataire.

Voici l'origine de la révocation pour survenance d'enfants. Le patron qui faisait une donation à son affranchi eut pendant longtemps le droit de la révoquer arbitrairement. On pensait que le patron était guidé dans l'appréciation de la conduite de son affranchi par des motifs qu'aucun juge ne pouvait contrôler; ce droit absolu de révocation ne finissait qu'à la mort du patron (*f*). Plus tard, on restreignit cette faculté illimitée, et la révocation ne fut plus permise que dans deux cas, celui de survenance d'enfants et celui d'ingratitude prouvée. La révocation pour survenance d'enfants, dont parle une constitution de Constance de l'an 355 (*g*), n'a plus pour nous qu'un intérêt historique. Ce point a été controversé par plusieurs auteurs; ils ont prétendu que ce droit de révocation s'appliquait

(*f*) Fragm. Vat., § 272, 313. — Il ne faudrait pas rattacher à ce principe la règle semblable qui déclare confirmée à la mort du père la donation faite par celui-ci à son fils *in potestate*. (Fragm. Vat., § 274, 277, 278, 281; L. 25, C. de don. int. vir., V. 16). Cette règle se fonde non sur un droit spécial de révocation appartenant au père, mais sur la nullité naturelle d'une semblable donation, nullité qui ne peut être couverte que par un acte de dernière volonté (tacite).

(*g*) L. 3, C. Th., de revoc. don. (VIII, 13); L. 8, C. Just. eod. (VIII, 56).

à toutes les donations en général, et non pas seulement aux donations faites par le patron, et ils se fondent sur ce que les rescrits du Code mentionnent souvent les circonstances particulières d'une espèce sans que nous les considérions comme les conditions de la règle exprimée. Mais cette remarque, juste en soi, ne saurait s'appliquer à la constitution impériale de Constance, qui n'est pas un rescrit, mais un édit; et le droit de révocation, qui est toujours une exception à la règle, cet édit l'accorde seulement au patron pour cause de survenance d'enfants (*h*). Tel est le sens de la constitution, si on l'examine impartialement en elle-même; mais cela devint tout à fait évident quand on eut reconnu l'enchaînement historique dont je viens de parler. Ce droit du patron admis par le Code ne nous apparaît que comme un reste d'un droit autrefois illimité, et dès lors nous n'avons aucun motif d'étendre ce droit à d'autres personnes.

(*h*) Cette erreur a été savamment réfutée par J. Gothofred., in l. cit. Cod. Th., quoique les fragments du Vatiean ne fussent pas encore connus. — A la vérité, les praticiens soutiennent l'opinion contraire. Lauterbach, XXXIX, 5, § 53-57. Mais, ne pouvant eux-mêmes admettre la révocation pour toute donation de peu de valeur, ils sont forcés de s'en remettre entièrement à la prudence du juge. Mais ici la révocation de l'*inofficiosa donatio* (note *c*) suffit aux besoins réels de la pratique, car cette révocation s'applique évidemment au cas de survenance d'enfants. L. 5, C. de inoff. don. (III, 29).

La révocation pour cause d'ingratitude eut les développements suivants. D'abord elle existait pour les donations du patron, mais comme simple conséquence de son droit illimité de révocation (note *f*). Ensuite, on exigea la preuve de l'ingratitude, condition qui limita singulièrement le droit du patron (*i*). Ainsi restreint, le droit de révocation paraît avoir été de très-bonne heure étendu aux donations des parents à leurs enfants (*k*). Enfin Justinien érigea la révocation pour cause d'ingratitude en règle générale, où vinrent se perdre les prescriptions spéciales aux parents et aux patrons (*l*).

(*i*) Ce changement est surtout visible si l'on compare le rescrit de l'empereur Philippe, tel qu'il existe dans la L. 1, C. de revoc. don. (VIII, 56), avec la rédaction originale que donnent les Fragm. Vat., § 272. — On ne saurait déterminer à qu'elle phase du développement de cette institution se rapporte le § 275 des Fragm. Vat. Sur l'établissement de ce texte et sur sa signification, des opinions tout à fait contradictoires ont été soutenues par Hasse, Rhein. Muséum, I, 229; Unterholzner, ibid., III, 153; Buchholtz, ad § 275 cité.

(*k*) L. 31, § 1, de don. (XXXIX, 5); L. 7, C. de revoc. don. (VIII, 56) (c'est la L. 1, C. Th. eod.); L. 9, C. eod. (c'est la L. 6, C. Th. eod.); L. 2, 4, C. Th. (VIII, 13). — Dans les textes cités du Digeste, la mention de la révocation pourrait bien être une interpolation. Le peu de mots qui se sont conservés des Fragm. Vat., § 254, ne nous donnent là-dessus aucun renseignement.

(*l*) L. 10, C. de revoc. don. (VIII, 56).

§ CLXIX. — V. *Donation.* — *Restrictions.* 3. *Révocation pour causes déterminées.* (Suite.)

La révocation pour cause d'ingratitude diffère surtout des restrictions dont j'ai parlé plus haut (§ 162-167) en ce que jamais il n'est question de la nullité de l'acte, mais d'un droit personnel du donateur à la restitution de la chose donnée. Aussi ne peut-on à cet effet exercer la revendication, mais seulement une action personnelle. Pour la donation entre époux, on a la *condictio sine causa* ou *ex injusta causa* (§ 163, *h*), de même que pour le défaut d'insinuation, car dans ces deux cas la *donationis causa* se trouve en contradiction avec une règle absolue du droit positif. Or, une pareille contradiction n'existe pas ici; le donateur a seulement la faculté d'attaquer la donation, qui est valable en soi. Doneau prétend que toute donation renferme la condition tacite que le donataire ne sera point ingrat, et que la violation de ce contrat entraîne la *condictio ob causam datorum* (*a*). Mais cette supposition est forcée et arbitraire; dans la réalité, presque personne, au moment de la donation, ne prévoit le cas d'ingratitude, car avec de semblables craintes la donation ne serait pas la forme que l'on

(*a*) Donellus, XIV, 31, § 7-14.

choisirait. — Il est évident qu'on ne saurait faire dériver cette espèce de révocation de la nature de la donation, et que nous ne pourrions l'admettre si Justinien ne l'avait établie par une loi expresse; aussi je n'hésite pas à qualifier cette action de *condictio ex lege*.

Cette action appartient au donateur seul, et non à ses héritiers (*b*). Si on prenait ce texte à la lettre, le donateur ne pourrait transmettre son action que quand il aurait commencé de l'exercer. Mais l'intention seule de révoquer la donation suffit, et les héritiers ne sont non recevables que si le donateur meurt sans avoir exprimé d'une manière quelconque un changement de volonté. L'analogie de la donation entre époux, qui est également confirmée par la mort (§ 164), vient à l'appui de cette interprétation, et les termes de la loi montrent clairement que cette analogie est conforme à son esprit (*c*).

(*b*) L. 10, C. de revoc. don. (VIII, 56).

(*c*) L. 10, C. cit. « Etenim si ipse, qui hoc passus est, *tacuerit ; silentium ejus maneat semper,* et non a posteritate ejus suscitari concedatur, vel adversus eum qui ingratus esse dicitur, vel adversus ejus successores. » — Jamais les expressions *tacuerit* et *silentium* ne peuvent s'appliquer à celui qui, sans avoir encore formé de plainte, aurait témoigné son mécontentement et l'intention de révoquer. C'est ce que fait très-bien ressortir Donellus, XIV, 29, § 7-12 ; mais il établit, § 11, une distinction pour la mère donatrice, d'après ces mots de la L. 7, C. eod. : « nec in heredem detur, nec tribuatur heredi. » Ces expressions un peu vagues doivent s'interpréter par les termes

De même, l'action s'exerce exclusivement contre le donataire, non contre ses héritiers, c'est-à-dire que le donateur doit avoir manifesté son changement de volonté avant la mort du donataire. Pour les donations de la mère à ses enfants, ce principe est exprimé formellement, et dès lors hors de toute controverse (*d*). Il est donc vraisemblable que la même restriction s'applique aux autres cas, puisque rien n'indique que l'on ait voulu établir pour la mère un régime spécial, et d'ailleurs l'assimilation ressort clairement de la généralité des termes employés par Justinien (*e*).

La condition de l'action est en général l'ingratitude du donataire; néanmoins Justinien a énu-

plus précis de la L. 10 citée, qui ne fait évidemment aucune distinction pour la mère.

(*d*) L. 7, C. de revoc. don. (VIII, 56): « *nec in heredem* detur, nec tribuatur heredi. »

(*e*) L. 10. C. cit. « Hoc tamen *usque ad primas personas tantummodo* stare censemus. » Les *primæ personæ* sont le donateur et le donataire, auxquels on restreint la révocation individuellement. Si dans la suite du texte la restriction se trouve spécialement reproduite par rapport aux héritiers du donateur (note *c*), cette répétition ne porte aucune atteinte à la règle générale posée au commencement de la loi. On ne saurait croire combien de peines se donne Donellus, XIV, 30, § 1-15, pour combattre cette règle, regardant à tort comme équivoque le texte cité tout à l'heure. Il s'appuie uniquement sur les principes généraux; mais ces principes sont contre lui, si l'on examine la nature véritable de ce rapport de droit; en effet, la révocation a le caractère d'une action pénale, et l'on sait que les actions de ce genre ne peuvent s'exercer contre l'héritier.

méré cinq cas d'ingratitude, et ordonné expressément que la révocation ne pourrait avoir lieu hors de ces cas spéciaux (*f*). Ce sont :

1) Des injures graves verbales (*g*);

2) Des voies de fait contre la personne du donateur (*h*);

3) Une perte considérable, qui non-seulement menace la fortune du donateur, mais l'ait frappé effectivement (*i*);

4) Un danger de mort que le donataire aurait fait courir au donateur;

5) Refus par le donataire de remplir les conditions de la donation. Ici l'on n'avait pas besoin d'un droit spécial de révocation; il suffisait de

(*f*) L. 10, C. cit. « Ex his enim tantummodo causis... donationes in eos factas everti concedimus. » Donellus, XIV, 27, § 6-15, parle avec détails de ces différents cas.

(*g*) « ita ut injurias atroces in eum *effundat*. »

(*h*) « vel manus impias *inferat*. » Ces deux cas expriment évidemment les paroles et les actions injurieuses. L'appréciation de la gravité de l'injure est abandonnée à la prudence du juge, qui doit naturellement prendre en considération la position respective des parties. Les paroles qui, dans la bouche d'un fils, sont pour les pères des *injuriæ atroces*, peuvent n'avoir pas ce caractère, adressées par un supérieur à son subordonné.

(*i*) L'importance de la perte nécessaire pour motiver la révocation (« *non levem* sensum substantiæ donatoris imponat ») est une question abandonnée à la prudence du juge. Donellus, L. c., § 10, prétend que la perte doit être au moins du tiers des biens, parce que, en droit romain, tel est le minimum de la peine qui puisse résulter quant aux biens d'un *judicium publicum*. Cette supposition est tout à fait arbitraire.

recourir à la règle ordinaire de la donation *sub modo* (§ 175). En pareil cas, le donateur a donc le choix de faire révoquer la donation pour cause d'ingratitude ou de s'en tenir aux principes généraux; mais alors cesse d'avoir lieu l'exclusion prononcée contre les héritiers quant à la révocation pour ingratitude (*k*).

Maintenant y a-t-il des exceptions à l'action en restitution malgré l'existence de l'une des conditions énumérées plus haut? On pourrait croire qu'il y a exception quand dans l'acte de donation même le donateur a renoncé à la révocation; mais une semblable clause doit être réputée non écrite, car elle désarmerait une loi qui punit l'immoralité (*l*). — Plusieurs auteurs ont voulu excepter de la révocation les donations rémunératoires. Si, comme Doneau, on motive la révocation sur un contrat tacite stipulé pour l'avenir (note *a*), on pourrait se ranger à cette

(*k*) Cela est très-bien développé dans Donellus, XIV, 27, § 12-15, et XIV, 30, § 16, 17. — Mühlenbruch, § 443, note 8, 4[e] éd., élève sur ce point des doutes non fondés, car il existe bien d'autres cas où le demandeur peut choisir entre plusieurs actions ayant des conditions et des effets différents.

(*l*) Par analogie de la L. 27, § 4 de pactis (II, 14), qui déclare nulles les conventions *ne furti agam, vel injuriarum, si feceris,* ou *ne experiar interdicto unde vi.* De semblables conventions, dit ce texte, *turpem causam continent*, et certainement il faut en dire autant d'un contrat qui tiendrait à affranchir l'ingratitude d'une peine prononcée par la loi. Voy. aussi L. 1, § 7, depositi (XVI, 3), et L. 23, de R. J. (L. 17).

opinion, car, en pareilles circonstances, le donateur a plus en vue le passé que l'avenir. Mais si, écartant cet ordre d'idées, on reconnaît qu'en droit les donations rémunératoires ne diffèrent aucunement des autres donations, on doit rejeter l'exception (§ 153, *a*, *b*). — Il existe néanmoins une exception véritable et conservée en partie dans le droit actuel. La mère qui, après avoir fait une donation à ses enfants, contracte un second mariage ou tient une conduite scandaleuse, est déchue du droit de révocation (*m*). Pour ce dernier cas, la loi subsiste encore aujourd'hui, car Justinien n'y a rien changé; mais pour le premier il a introduit les modifications les plus arbitraires. La mère donatrice qui passe à de secondes noces ne perd pas le droit de révocation, mais il est soumis à d'autres conditions que les conditions ordinaires (*n*). Le cas des injures verbales a disparu; celui des voies de fait et celui du danger de mort ont été conservés; la perte occasionnée dans les biens s'est changée en entreprises menaçantes, mais dirigées contre la fortune entière (*o*); enfin, le

(*m*) L. 7, C. de revoc. don. VIII, 56.

(*n*) Nov. XXII, C. 35, Auth. *Quod mater*, C. de revoc. don. (VIII, 56).

(*o*) Suivant Donellus, XIV, 27, § 24, l'extension établie ici (de la perte réelle à la simple menace) doit à bien plus forte raison s'appliquer à la mère qui ne convole pas en secondes

refus de remplir les conditions de la donation ne se trouve point mentionné; mais cela est assez indifférent, car en pareil cas il existait déjà d'autres actions qui, certainement, ne seraient pas refusées (*p*).

Il ne me reste plus qu'à déterminer les effets de la révocation pour cause d'ingratitude. Si la chose donnée existe encore en nature dans les mains du donataire, sa restitution n'est pas douteuse. Si elle a été échangée contre une autre dont la valeur augmente les biens du donataire, cette valeur peut être réclamée (§ 149-151). Mais si le donataire a dissipé ou donné la chose reçue? Il est alors dispensé de toute restitution, et cela d'après des motifs encore plus péremptoires que s'il s'agissait d'une donation entre époux. En effet, l'époux donataire sait toujours que la chose donnée ne lui appartient pas; il peut tout au plus croire, quand il en dispose, et c'est effectivement le cas plus ordinaire, qu'il agit de l'aveu du propriétaire. Ici le donataire a la propriété de la chose, et quand il l'aliénait il faisait un acte légitime et irréprochable.

noces, et au père donateur. Sans doute, à moins qu'on ne veuille taxer Justinien d'inconséquence, il faut admettre cette doctrine; mais, quand il s'agit de prescriptions aussi arbitraires, on ne peut raisonner par voie de conséquence avec autant de sûreté que quand il s'agit d'autres règles du droit.

(*p*) Donellus, XIV, 28, § 9.

Sans doute l'aliénation changerait de caractere si elle était postérieure à l'acte d'ingratitude, car le donataire devait s'attendre à la révocation; et quand, malgré cela, il aliène la chose, on peut dire de lui : *dolo fecit quo minus restitueret* (*q*). L'aliénation, même antérieure à l'acte d'ingratitude, ne serait pas moins frauduleuse si l'on pouvait établir qu'à l'époque de l'aliénation l'acte d'ingratitude était déjà résolu. — Ces règles, tirées de la nature générale du rapport de droit, combinées avec les prescriptions relatives aux donations entre époux, se trouvent en quelque sorte confirmées par le texte suivant, relatif aux donations de la mère (*r*) :

« Ceterum ea, quæ adhuc matre pacifica jura perfecta sunt, et ante inchoatum cœptumque jurgium vendita, donata, permutata, in dotem data, ceterisque causis legitime alienata : minime revocamus. Actionem vero matris ita personalem esse volumus, ut vindicationis tantum habeat effectum : nec in heredem detur, nec tribuatur heredi. »

Voici le sens de ce texte. Lorsque la chose donnée a été aliénée valablement, antérieure-

(*q*) Cela résulte de l'analogie évidente que présente le *beneficium competentiæ* refusé également à celui *qui dolo facit quo minus facere possit*. L. 63, § 7; L. 68, § 1, pro socio (XVII, 2).

(*r*) L. 7, C. de revoc. don. (VIII, 56).

ment à l'acte d'ingratitude, la mère donatrice n'a aucune action contre le tiers possesseur, c'est-à-dire aucune *in rem actio*. Cette action est tellement personnelle qu'elle ne peut être exercée ni par les héritiers de la donatrice, ni contre les héritiers du donataire; dirigée contre le donataire lui-même encore en possession, elle produit le même effet que la revendication, c'est-à-dire la restitution de la chose.—Mais, en refusant toute action contre les tiers possesseurs, ce texte n'interdit nullement la condiction contre le donateur, jusqu'à concurrence de ce dont la vente l'enrichit (*s*).

Quant aux fruits de la chose donnée, ce sont les mêmes règles à appliquer que pour les fruits des donations entre époux (§ 147).

(*s*) Donellus, XIV, 31, § 3-6, envisage cette question sous un point de vue très-exclusif; il pose en principe que le donataire doit dans tous les cas restituer la valeur de la chose aliénée, soit que l'aliénation l'ait ou non enrichi. C'est le traiter beaucoup trop rigoureusement. Il excepte de cette règle la donation faite par la mère; celle-ci n'a plus d'action dès que la chose a été aliénée, quel que soit d'ailleurs pour le donataire le résultat de l'aliénation. C'est causer à la mère donatrice un préjudice que rien ne motive. — A l'appui de la première proposition Doneau n'allègue que des lieux communs; à l'appui de la seconde il suppose gratuitement que ces mots de la L. 7 cit., *Ceterum ea quæ*, etc., s'appliquent uniquement à l'action contre le donataire, non contre le tiers détenteur; et néanmoins la suite du texte (*ita* personalem) montre assez le sens de la phrase précédente; elle réfute l'opinion de ceux qui croiraient que l'action peut être dirigée *in rem*.

On peut enfin se demander si les tiers qui figurent dans la donation sont compromis par la révocation pour cause d'ingratitude. C'est une question que je traite sous toutes ses faces dans l'appendice X.

§ CLXX. — V. *Donation.* — *Espèces particulières.* 1. *Donation pour cause de mort.*

J'ai déjà dit que les donations résultant d'un contrat peuvent, en général, être soumises à des conditions, etnotamment à cette condition spéciale qui constitue la donation pour cause de mort ou *mortis causa donatio*. Il s'agit maintenant de l'étudier sous toutes ses faces (*a*).

Cette espèce de donation, conditionnelle par son but et ses résultats, a avec les legs une affinité qui est son caractère distinctif. Aussi a-t-elle été successivement soumise à diverses règles établies pour les legs, sans rien perdre néanmoins de sa nature dominante; car elle est toujours

(*a*) Les sources spéciales sont : § 1, J. de don. (II, 7); Dig. XXXIX, 6; Cod. VIII, 57; Paulus, III, 7. — Les auteurs sont : Haubold, opusc. I, 489 (et Wenk, præf., p. XXXVI sq.). — Müller, Natur der Schenkung auf den Todesfall, Gieszen, 1827. — Schröter, dans Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Prozesz, II, p. 97 sq. — Hasse, Rhein. Museum, II, 300 sq.; III, 1 sq., et 371 sq. — Wiederhold, dans Linde's Zeitschrift, XV, Num. IV, p. 96 sq.

comprise comme espèce dans la définition de la donation (*b*).

Elle se fait le plus souvent en vue d'un danger de mort présent et déterminé, tel qu'une maladie, une expédition militaire, un voyage au delà des mers; de sorte qu'elle tombe de soi-même si le donateur survit au danger (*c*). Néanmoins cette circonstance n'est point indispensable, et l'on peut très-bien n'envisager la mort que comme le terme de la vie inévitablement marqué par la nature (*d*).

Dans l'un et l'autre cas, le donateur se réserve ordinairement le droit absolu de révoquer la donation jusqu'à sa mort (*e*). Mais cette clause

(*b*) Pr. J. de don. (II, 7). « Donationum autem duo genera sunt, mortis causa et non mortis causa. » L. 67, § 1, de V. S. (L. 16). « Donationis verbum, simpliciter loquendo, omnem donationem comprehendisse videtur, sive mortis causa, sive non mortis causa. » De là résulte ce principe important, que toute prescription sur la *donatio* en général doit s'appliquer aussi à la *mortis causa donatio*, à moins que ses termes n'établissent une restriction. — Les Romains appelaient *vera et absoluta* la *non mortis causa donatio*, L. 35, § 2; L. 42, § 1, de m. c. don. (XXXIX, 6), et aussi *inter vivos*, L. 25, pr. de inoff. test. (V, 2).

(*c*) L. 3-6, L. 8, § 1, de m. c. don. (XXXIX, 6), § 1, J. de don. (II, 7); Paulus, III, 7.

(*d*) L. 2, de m. c. don. (XXXIX, 6) (dans le premier des trois cas énumérés par cette loi), L. 31, § 2, in f.; L. 35, § 4, eod.

(*e*) L. 16, 30, de m. c. don. (XXXIX, 6), § 1, J. de don. (II, 7); Paulus, III, 7. Cette réserve s'implique de soi-même et n'a pas besoin d'être exprimée.

n'a rien d'essentiel, et l'on peut renoncer expressément au droit de révocation (*f*).

Reste donc, comme seule condition générale de la validité de la donation, que la mort du donateur soit antérieure, ou du moins ne soit pas postérieure (*g*) à la mort du donataire (*h*). Ce principe général laisse place aux modifications suivantes : 1) droit de révocation qui s'implique

(*f*) L. 13, § 1; L. 35, § 4, de m. c. don. (XXXIX, 6), Nov. 87, pr., C. 1. Les formules en usage rapportées dans la L. 35 cit. ne sont pas toutes relatives à des cas différents; plusieurs d'entre elles ont la même signification. Les L. 27 et 35, § 2, de m. c. don., offrent une apparence de contradiction quand elles décident que cette espèce de donation n'admet pas la clause : *ut nullo casu revocetur*. En effet, la révocation en cas de prédécès du donataire se trouverait aussi exclue; exclusion incompatible avec la *m. c. donatio*. Mais on peut très-bien ajouter cette clause : *ut ex arbitrio donatoris* non revocetur.

(*g*) L. 26, de m. c. don. (XXXIX, 6). Ainsi donc rigousement il faudrait dire que l'on exige, non la survie du donataire, mais la non-survie du donateur.

(*h*) Cette condition est si essentielle que son accomplissement est déclaré indispensable à la perfection de la donation. L. 32, de m. c. don. (XXXIX, 6). Il faut en outre que le donateur ait au moment de son décès la capacité de disposer de ses biens. Ainsi une peine capitale annule la donation par suite de la confiscation générale. L. 7, de m. c. don. (XXXIX, 6); L. 32, § 7, de don. int. vir. (XXIV, 1). — On a élevé beaucoup de discussions inutiles sur la question de savoir si dans certain cas il y a *m. c. donatio* ou donation ordinaire. On ne peut établir là-dessus de règles générales; tout dépend des circonstances particulières de chaque espèce. Ce point est examiné dans la dissertation de Haubold (note *a*).

de soi-même, ou renonciation à ce droit; 2) cas de mort par suite d'un danger déterminé et présent, ou bien envisagé en général comme le terme assigné à la vie de l'homme. Ces modifications peuvent restreindre la condition de la validité, et multiplier les cas où la donation demeure sans effet. La pensée qui préside à un pareil acte se résume ainsi : le donateur, en disposant de sa chose, préfère le donataire à son héritier, mais il se préfère lui-même au donataire (*i*).

La mort du donateur et celle du donataire se trouvant subordonnées, il devient nécessaire de spécifier les particularités suivantes. Si le donataire est sous la puissance d'autrui, le donateur peut subordonner l'existence de la donation à la survie, soit du donataire immédiat, soit du père ou du maître (*k*). Quant au donateur, celui-ci fait quelquefois dépendre la validité de la donation, non de sa propre mort, mais de celle d'un tiers; un pareil acte n'a que le nom de commun avec la donation pour cause de mort,

(*i*) Cette ancienne formule (vulgo dicitur) est citée dans la L. 1, pr.; L. 35, § 2, de m. c. don. (XXXIX, 6); § 1, J. de don. (II, 7); elle paraît même avoir été employée dans ces actes de donation. Interpretatio in Paulum, II, 23.

(*k*) L. 23; L. 44, de m. c. don. (XXXIX, 6). La donation subordonnée à la survie du donataire immédiat était, à ce qu'il paraît, le cas le plus ordinaire.

et il est complétement étranger à l'institution spéciale qui nous occupe (*l*).

On peut envisager la donation pour cause de mort comme un contrat mixte; non qu'il y ait, ainsi qu'on l'a vu plus haut (§ 154), une donation jointe à une obligation, parce que, suivant l'événement, l'acte se résout en une obligation pure et simple, je veux dire dans les cas les plus ordinaires, ceux où le donataire a été mis immédiatement en possession d'une chose. L'objet de l'obligation est alors la restitution de cette chose (*m*). La condition même qui doit toujours annuler la donation est la survie du donateur; on peut y ajouter la condition de survie à un danger déterminé et présent; enfin, la troisième condition résolutoire est ordinaire-

(*l*) On voit des cas de ce genre, L. 11, L. 18. pr. de m. c. don. (XXXIX, 6). Cramer, dispunct., p. 72, trompé par la ressemblance des noms, prend ces donations pour de véritables *m. c. donationes*, tandis que leur caractère propre est d'échapper au régime des legs. Ainsi, par exemple, comment appliquer, en pareille circonstance, la falcidie ou la règle sur la capacité? Ce ne sont que des *donationes inter vivos* ordinaires, faites sous une condition spéciale.

(*m*) L. 35, § 3, de m. c. don. (XXXIX, 6). « Ergo qui mortis causa donat, qua parte se cogitat, negotium gerit : scilicet ut, cum convaluerit, reddatur sibi. » L. 19, pr. de reb. cred. (XII, 1). «... qui mortis causa pecuniam donat numerat pecuniam, sed non aliter obligat accipientem, quam si existitisset casus in quem obligatio collata fuisset : veluti si donator convaluisset, aut is qui accipiebat prior decessisset. »

ment le changement de volonté du donateur. Ici l'on n'exige aucune forme spéciale, et le changement de volonté, quelle que soit la manière dont il se manifeste, suffit pour annuler la donation, à moins que le donateur n'ait renoncé expressément à son droit de révocation. Je vais passer en revue les principaux actes juridiques qui servent à opérer les donations, afin de montrer comment ces diverses conditions se rattachent à chacun d'eux.

La manière la plus ordinaire d'effectuer la donation pour cause de mort, comme toute autre espèce de donation, est la transmission de la propriété. Dans l'ancien droit, on pouvait à cet effet employer la mancipation ; car, si elle ne doit jamais être conditionnelle (*n*), le but de la donation se trouvait atteint en ajoutant à la mancipation pure et simple une obligation conditionnelle touchant la restitution de la chose, soit que cette obligation résultât de la *fiducia*, de la stipulation, ou même d'une simple déclaration de volonté, car elle suffisait pour exercer la condition. On pouvait aussi employer la tradition, et cette forme, peut-être la plus usitée dans l'ancien droit (*o*), est la seule admise par le droit

(*n*) L. 77, de R. J. (L. 17).

(*o*) Pour une *nec mancipi res*, c'était une forme très-convenable et aussi la plus usitée ; mais elle était également applicable à une *mancipi res*, et on l'employait souvent, tantôt comme

nouveau. Il semble résulter d'un texte de Paul que la tradition n'a jamais été nécessaire, et qu'une simple déclaration de volonté suffisait pour transmettre la propriété (*p*); mais alors la tradition n'aurait eu aucune importance juridique, et néanmoins des textes nombreux nous la représentent comme la forme ordinaire de la donation pour cause de mort, et de plus ils cherchent à en déterminer les effets suivant les différentes circonstances. Enfin, et cet argument est irrésistible, comment Justinien, en attribuant une action au simple pacte, aurait-il cru faire une innovation importante, si, en pareille circonstance, le donataire avait eu de tout temps la propriété, et même le droit de revendication? Le texte de Paul se rapporte sans doute à un cas particulier où la donation s'était effectuée par la mancipation, sans tradition, et où le donataire,

simple addition à la mancipation, tantôt seule, et alors elle transférait une propriété *in bonis*, qui, après un court délai, devenait *ex jure Quiritium* au moyen de l'usucapion.

(*p*) L. 1, § 2, de public. (VI, 2) (Ulp.). « Sed cur *traditionis* duntaxat et usucapionis fecit mentionem, cum satis multæ sunt juris partes quibus dominium quis nancisceretur, ut puta legatum? » Vient ensuite la L. 2, eod. de Paul : « Vel mortis causa donationes factæ? nam, amissa possessione, competit Publiciana, quia ad exemplum legatorum capiuntur. » De ces deux textes il résulte évidemment que la *m. c. donatio* peut se faire *sans tradition*, comme le legs, transférer la propriété, et comme celui-ci donner lieu à la *Publiciana* en cas de perte de la possession.

après la mort du donateur, s'était mis seul en possession (*q*). On pouvait dire alors qu'il était devenu propriétaire sans tradition, et si, par hasard, le donateur n'avait pas la propriété, le donataire profite de l'usucapion, et par conséquent de la *Publiciana*. Au reste, l'insertion de ce texte dans le Digeste est certainement une inadvertance, car on ne lui trouve d'explication satisfaisante que selon les principes de l'ancien droit (*r*).

Maintenant la tradition elle-même peut se faire avec différentes intentions. Le donateur peut vouloir transmettre immédiatement la propriété de manière à la reprendre en vertu d'une condition résolutoire, si le donataire meurt avant lui. Il peut, au contraire, vouloir transmettre la pro-

(*q*) Et alors on ne peut lui retirer la possession en vertu de l'interdit *quod legatorum*. L. 1, § 5, quod leg. (XLIII, 3). Dans l'espèce de cette dernière loi, le légataire s'était mis lui-même en possession, mais avec le consentement de l'héritier. L. 1, § 11, eod. Ce consentement ne transforme pas la prise de possession en tradition, tant que l'héritier n'a pas lui-même pris possession. Au reste, Ulpien avait sans doute en vue un *vindicationis legatum*, car seul il figure parmi les *juris partes quibus dominium quis nanciscitur*. Sans doute le *vindicationis legatum*, pour être parfaitement régulier, suppose la propriété romaine du testateur (Ulpian. XXIV, 7); mais, à défaut de cette propriété, il pouvait toujours fonder une *usucapio pro legato*, et dès lors aussi une *Publiciana*.

(*r*) Hasse, Rhein. Museum, II, 348, n'envisage pas tout à fait la chose sous le même point de vue, mais il arrive au même résultat que moi.

priété sous une condition suspensive, et alors le donataire ne devient propriétaire qu'à la mort du donateur (*s*). Le premier mode est le plus simple et le plus naturel; aussi l'admet-on en cas d'incertitude, quand le donateur n'a pas clairement désigné le second, et cette présomption se trouve confirmée par analogie avec d'autres institutions (*t*), notamment par la manière dont on envisage entre époux une semblable tradition pour cause de mort. Comme la prohibition s'oppose à la transmission immédiate de la propriété (*u*), la condition suspensive peut seule être admise. Mais, à défaut de la transmission immédiate, le donateur peut ordonner que la condition suspensive accomplie par sa mort ait un effet rétroactif, c'est-à-dire soit reportée au moment de la tradition, et tous les changements survenus dans l'intervalle sont appréciés en conséquence (*v*). Une semblable disposition s'im-

(*s*) L. 2; L. 29. de m. c. don. (XXXIX, 6).

(*t*) Hasse, Rhein. Museum, II, 328. — Je citerai aussi les expressions de la L. 15, in f., de manum. (XL, 1), qui considère evidemmeut la tradition avec condition suspensive comme uné forme particulière et moins usitée de la *m. c. donatio*.

(*u*) L. 11, pr. de don. int. vir. (XXIV, 1). « Sed interim res non statim fiunt ejus cui donatæ sunt, sed tunc demum cum mors insecuta est : medio igitur tempore dominium ramanet apud eum, qui donavit. »

(*v*) L. 11, § 1, de don. int. vir. (XXIV). « Sed quod dicitur, mortis causa donationem inter virum et uxorem valere, ita verum est, ut non solum ea donatio valeat secundum Julianum,

plique de soi-même (*w*), et c'est la volonté contraire qui doit être formellement exprimée. Or, la *mortis causa donatio*, avec effet rétroactif, équivaut entre égaux à la tradition, avec translation immédiate de la propriété entre autres personnes. — Je citerai encore, à l'appui de ce qui précède, ce principe incontestable, que la donation pour cause de mort, dans le cas où le donateur n'est pas propriétaire, sert de base à l'usucapion (*x*), car ce principe implique évidemment que le donateur a voulu transmettre

quæ hoc animo fit ut tunc res fiat uxoris vel mariti, cum mors insequetur, sed omnis mortis causa donatio. » (C'est-à-dire : non-seulement la donation qui, même entre étrangers, aurait été faite avec intention de différer la transmission de la propriété, mais aussi toute donation ordinaire faite sans une pareille intention.) Ensuite Ulpien examine ce premier cas et ses conséquences : « Quando itaque *non retro agatur* donatio, » dans le § 2 jusqu'au § 9. A la fin de ce § 9, il revient au second cas, celui de la donation faite sans intention de différer la transmission de la propriété : « Plane in quibus casibus placeat *retro agi donationem,* etiam sequens traditio a muliere facta in pendenti habebitur. »

(*w*) L. 40 de m. c. don. (XXXIX, 6). « Si mortis causa inter virum et uxorem donatio facta sit, morte secuta *reducitur ad id tempus donatio quo interpostia fuisset.* » C'est ainsi que la L. 20, de don. int. vir. (XXIV, 1) ne suppose aucune condition spéciale exprimée, mais seulement une *m. c. donatio* ordinaire, et néanmoins admet l'effet rétroactif. La L. 25, C. de don. int. vir. (V, 16), dit expressément que toutes donations entre époux sont confirmées par la mort, ce qui comprend aussi la *m. c. donatio.*

(*x*). L. 13, pr.; L. 33, de m. c. don. (XXXIX, 6).

immédiatement la propriété. — De même, quand la donation pour cause de mort avait pour objet un esclave, le donataire pouvait l'affranchir (*y*); ce qui suppose également le donataire déjà investi de la propriété parfaite.

Indépendamment de la tradition, la stipulation servait à opérer la donation pour cause de mort, quand le donateur promettait une chose, ordinairement une somme d'argent, *mortis causa*, c'est-à-dire pour le cas de sa propre mort. La validité d'une pareille stipulation n'était pas contestée (*z*); néanmoins, elle n'avait d'effet que contre les héritiers, et d'autres stipulations du même genre (*post mortem meam*) étaient déclarées nulles par les jurisconsultes romains. Voici sans doute comme on envisageait la chose : le donateur promettait de se constituer débiteur au dernier moment de sa vie (*cum moriar*), et ici, comme dans d'autres cas (§ 125, *e*, 126, *m*), cet engagement était valable (*aa*).

(*y*) L. 39, de m. c. don. (XXXIX, 6).

(*z*) L. 11, de dote præleg. (XXXIII, 4); L. 34; L. 35, § 7, de m. c. don. (XXXIX, 6). Festus v. mortis causa (d'après le témoignage de Labeo). Il en est de même d'une *dos mortis causa promissa* (L. 76, de j. dot. XXIII, 3), qui a tout à fait la même nature, alors même qu'elle ne constitue pas en soi une donation véritable.

(*aa*) Les textes suivants prouvent que la chose était ainsi envisagée. L. 76. de j. dot. (XXIII, 3). « Si pater mulieris *mortis suæ causa* dotem promiserit, valet promissio : nam et si *in*

Ici se présente la question de savoir si le but peut être atteint aussi bien par le simple pacte que par la stipulation; en d'autres termes, la loi de Justinien, qui attribue au simple pacte les mêmes effets qu'à la stipulation, s'applique-t-elle à la donation pour cause de mort ou seulement à la donation ordinaire? La plupart des auteurs modernes résolvent négativement cette question, et ils pensent que, dans l'esprit de la législation justinienne, la promesse pour cause de mort n'est obligatoire que si elle résulte d'une stipulation (*bb*). Le principal argument à l'appui de cette doctrine est la manière dont Justinien essaye de justifier son innovation; raisonnant d'après le cas le plus ordinaire, il fait ressortir la mauvaise foi

tempus quo ipse moreretur promisisset, obligaretur. » Ces deux formes de stipulations sont placées ici sur la même ligne. Ainsi, encore d'après la L. 15, de manum. (XI, 1), l'effet attribué à la mortis causa manumissio (inter amicos) est que : « *in extremum tempus manumissoris vitæ* confertur libertas. » Dans le même texte, la mortis causa traditio avec condition suspensive a pour effet : « ut *moriente eo* fieret accipientis, » c'est-à-dire au dernier moment de la vie. On doit évidemment appliquer à la stipulation le même principe, là où il suffit pour lever toute difficulté. On suppose donc une forme de stipulation ainsi conçue : cum, me vivo, morieris, centum dare spondes? Par là s'explique également la validité de la donation en cas de mort simultanée (note *g*). — Je ne saurais approuver la solution donnée à cette difficulté par d'autres auteurs. Haubold, opusc. I, 459; Hasse, Rhein. Museum, II, 327.

(*bb*) Haubold, opusc. I, 462; Schröter, Zeitschrift, II, 132; Hasse, Rhein. Museum, II, 310, note 116.

du donateur qui cherche dans un vice de forme le moyen d'éluder sa promesse. Ce motif ne s'applique pas à la *mortis causa donatio*, puisque le donateur se réserve habituellement le droit absolu de révocation. Mais on ne doit jamais chercher dans le motif de la loi le moyen de la restreindre, à moins qu'il n'y ait une opposition réelle entre sa lettre et son esprit (§ 37, 50). Ici la loi parle de toutes les *donationes* en général, ce qui comprend évidemment l'espèce de donation appelée *mortis causa donatio* (*note b*); la restriction est donc contraire aux termes de la loi. La nature particulière de la *m. c. donatio* n'a rien non plus qui ait dû la faire exclure dans la pensée du législateur. En effet, si, comme tout le monde le reconnaît, le simple pacte peut effectuer une donation ordinaire, cela présente moins d'inconvénient encore pour la *m. c. donatio*, bien moins dangereuse, tant à cause de la condition de la mort que du droit de révocation. — Au reste, cette question me paraît d'un intérêt très-secondaire, car elle roule uniquement sur le sens primitif de la loi de Justinien et n'a plus aucune influence sur le droit actuel. En effet, personne ne dénie que, d'après le droit actuel, le simple pacte remplace entièrement la stipulation. Si l'on ne conteste pas davantage que, dans l'esprit du droit Justinien, la population suffit pour opérer la *m. c. donatio*, nous devons

en dire autant du simple pacte, et cela quand bien même Justinien n'aurait rendu aucune loi nouvelle sur les effets du simple pacte en matière de donations.

Enfin une libération peut faire l'objet d'une *m. c. donatio*, dès que l'acceptilation ou un simple pacte lui ont imprimé le caractère d'un acte juridique. Les textes qui semblent l'admettre, même sans acceptilation, par exemple comme résultant d'une simple lettre ou d'un mandat, doivent s'entendre des fidéicommis, pour lesquels, dans l'ancien droit, on n'exigeait qu'une déclaration de volonté (*cc*); en droit nouveau, les fidéicommis ne sont valables que sous la forme de codicilles.

Je dois encore mentionner ici un cas remar-

(*cc*) Ainsi, d'après la L. 28 de m. c. don. (XXXIX, 6), la lettre d'un créancier qui annonce au débiteur sa libération en vue d'une *m. c. donatio* confère une *doli exceptio* au débiteur. Dans la L. 18, § 2 eod., une créancière veut faire une *m. c. donatio*, et livre à un tiers ses titres de créance, en le chargeant de les remettre aux débiteurs dans le cas où elle viendrait à mourir. Le cas se réalise, et l'on dit alors de l'héritière : « *vel* pacti conventi, *vel* doli mali exceptione summoveri posse; » c'est-à-dire *pacti* si les débiteurs ont accepté; dans le cas contraire, *doli*, à cause du fidéicommis. On ne peut donc invoquer ces deux textes à l'appui de cette fausse doctrine que toute remise d'une dette, même sans acceptation, vaut comme donation (§ 158, h). D'un autre côté, divers textes (172, *g*) nous prouvent que l'intention et les termes d'une *m. c. donatio* suffisent pour un fidéicommis.

quable, qui, sans être une *m. c. donatio,* a avec elle beaucoup d'affinité, la *mortis causa manumissio ;* elle ne pouvait pas se faire en vue d'un danger de mort présent et passager, mais dans l'expectative du terme naturel de la vie, et alors l'affranchi ne commençait à jouir de la liberté qu'à la mort du maître (*dd*).

§ CLXXI. — V. *Donation.* — *Espèces particulières.* 1. *Donation pour cause de mort.* (Suite.)

Les conséquences spéciales de cette espèce de donation se montrent dans les voies de droit ouvertes au donateur pour se faire restituer la chose quand la condition vient à manquer. Ces voies de droit sont la revendication, la condiction et l'*actio præscriptis verbis.* Je vais en examiner la nature et les effets.

La revendication ne peut s'exercer que si la chose existe encore en nature, soit entre les mains du donataire, soit entre les mains d'un tiers. On l'admettait de tout temps et sans controverse, lorsque le donateur, ayant livré la chose sous une condition suspensive (§ 170), n'en avait pas abandonné la propriété (*a*). On l'admit en-

(*dd*) L. 15, de manumiss. (XL, 1); texte remarquable en ce qu'il distingue clairement la *manumissio per vindictam et inter amicos,* et leur attribue ici les mêmes effets.

(*a*) L. 29, de m. c. don. (XXXIX, 6) (d'Ulpien) : «... Et

suite lorsque la propriété avait été transmise sous une condition résolutoire, extension qui doit être regardée comme le développement complet de cette institution (*b*).

La condiction dérive de ce qu'une chose ayant été donnée afin que le donataire la possède et en jouisse après la mort du donateur, si cette jouissance devient impossible, le donateur a, d'après les principes générauxdu droit, une *condictio ob causam datorum*, et ce point n'a jamais été mis en doute, quoique la *m. c. donatio* ait été pour les anciens jurisconsultes le sujet de nombreuses controverses (*c*). La condiction s'exerce en général quand l'objet de la donation n'est pas un

si quidem quis sic donavit, ut, si mors contigisset, tunc haberet cui donatum est, *sine dubio donator poterit rem vindicare* : mortuo eo (c'est-à-dire après l'accomplissement de la condition), tunc is cui donatum est. »

(*b*) L. 29, de m. c. don. (XXXIX, 6), immédiatement après les mots cités, note *a* : « Si vero sic, ut jam nunc haberet, redderet si convaluisset, vel de prœlio vel peregre redisset : *potest defendi, in rem competere donatori*, si quid horum contigisset, interim autem ei cui donatum est. Sed et si morte preventus sit is cui donatum, est *adhuc quis dabit in rem donatori*. » Les deux cas distingués ici se rapportent aux diverses conditions de la *m. c. donatio* (§ 170, *c*, *d*). Dans l'un et l'autre cas Ulpien accorde la revendication; mais ce n'est pas là un droit généralement reconnu, comme quand il s'agit de la condition suspensive (note *a*).

(*c*) L. 35, § 3, de m. c. don. (XXXIX, 6). «... Nec dubitaverunt Cassiani quin *condictione* repeti possit, *quasi re non secuta*... »

corps certain, et que l'enrichissement résulte soit d'une délégation, soit d'une acceptilation, ou bien quand la chose donnée n'existe plus en nature; par exemple, s'il s'agit d'une somme d'argent et qu'elle ait été dépensée; enfin, surtout dans le cas où la propriété a été transmise dès l'origine sous une condition résolutoire, c'est-à-dire d'après la doctrine (note *b*) qui n'admettait pas alors la revendication directe (*d*). Aujourd'hui que cette doctrine est formellement condamnée, la revendication, en pareilles circonstances, remplace avec avantage la condiction, et celle-ci n'est plus admissible, car en général ces deux actions s'excluent mutuellement.

(*d*) Cette extension de la *condictio*, qui répond nécessairement à une restriction de la *vindicatio* (note *b*), se trouve dans les textes suivants : L. 52, § 1, de don. int. vir. (XXIV, 1), de Papinien : « ut traditio, quæ mandante uxore mortis causa facta est : nam *quo casu inter exteros condictio nascitur* (ainsi donc dans le cas dont je parle), inter maritos nihil agitur. » — Paul, dans la L. 12, de cond. causa data (XII, 4). « Cum quis mortis causa donationem, cum convaluisset donator, *condicit,* fructus quoque donatarum rerum, et partus, et quod adcrevit rei donatæ, repetere potest. » — Paul, dans la L. 38, § 3, de usuris (XXII, 1). « Idemque est (c'est-à-dire fructus repetere debere), si mortis causa *fundus sit donatus,* et revaluerit qui donavit, *atque ita condictio nascatur*. » Nous n'avons pas ici à confronter les témoignages de deux jurisconsultes, l'un plus ancien, l'autre plus moderne. Paul reste fidèle à la lettre de l'ancien droit, et son contemporain Ulpien entre dans des détails plus complets sur cette institution. Nous devons donc y voir l'expression de la législation justinienne.

Enfin, l'*actio præscriptis verbis* résulte du contrat innomé *do ut reddas*, évidemment contenu dans cette espèce de donation ; contrat qui, ici comme ailleurs, doit avoir les effets inhérents à sa nature (*e*). Aussi l'*actio præscriptis verbis* en restitution de la chose donnée est-elle expressément attribuée au donateur (*f*).

Ces actions ont encore d'autres conséquences spéciales qu'il importe de mentionner. Si la perte de la chose donnée arrive par le fait du donataire, celui-ci en est toujours responsable, et il ne se trouve pas, comme l'époux donataire, libéré par la consommation. Si donc il a anéanti, consommé ou dissipé la chose donnée, il doit en rendre la valeur, car il s'est mis sciemment dans l'impossibilité d'effectuer la restitution imposée par le contrat (*g*). Si la chose a été vendue, le donateur peut, à son choix, en réclamer le prix ou sa valeur réelle (*h*). Si la chose a été endom-

(*e*) L. 5, pr. § 1, de præscr. verbis (XIX, 5).

(*f*) L. 30, de m. c. don. (XXXIX, 6). « Qui mortis causa donavit, ipse ex pœnitentia condictionem *vel utilem actionem* habet. » — L. 18, § 1, eod. «... nam etsi convaluisset creditor, idemque donator, condictione, *aut in factum actione*, debitoris obligationem dumtaxat reciperet. » Il est ici question de l'*actio in factum civilis* ou *præscriptis verbis*.

(*g*) L. 39, de m. c. don. (XXXIX, 6). « Si is, cui mortis causa servus donatus est, eum manumisit, tenetur condictione in pretium servi : *quoniam scit posse sibi condici*, si convaluerit donator. »

(*h*) L. 37, § 1, de m. c. don. (XXXIX, 6). «... si quis ser-

magée, détruite ou volée par la faute du donataire, celui-ci en est responsable, d'après les principes qui régissent l'*actio præscriptis verbis* (*i*); et cette action a ici de l'importance, car on ne peut, en vertu de la condiction, se faire indemniser des pertes résultant d'une *culpa*. — Si, dans l'intervalle, la chose a produit des fruits, le donataire doit les représenter ou en rendre la valeur. Cette règle s'applique même à la condiction; ainsi donc, lors même qu'il y a eu transmission complète de la propriété (*k*), à bien plus forte raison s'applique-t-elle à la revendication, notamment au cas où la tradition s'est faite sous une condition suspensive. — Si le donataire a fait des dépenses pour l'entretien de la chose, il peut les réclamer par voie de *doli exceptio* (*l*).

Soit que la donation résulte d'une simple sti-

vum mortis causa sibi donatum vendiderit... pretii condictionem donator habebit, si convaluisset, et hoc donator elegerit : alioquin et ipsum servum restituere compellitur. » *Pretium* est ici le prix réel de la vente; *ipsum servum restituere* veut dire payer la valeur de l'esclave d'après l'estimation du juge. Si l'esclave a été vendu au-dessous de sa valeur, il y a là une dissipation partielle dont le donateur ne doit pas souffrir, c'est pourquoi on lui laisse le choix. Si l'esclave a été vendu au delà de sa valeur, le donateur profite de ce bénéfice.

(*i*) L. 17, § 1, 2, 4, de præscr. verbis (XIX, 5).

(*k*) L. 12, de cond. causa data (XII, 4); L. 38, § 3, de usuris (XXII, 1). Voy. plus haut, note *d*.

(*l*) L. 14, de m. c. don. (XXXIX, 6).

pulation (*m*) ou d'une délégation, le donateur a la condiction de ce dont le donataire s'est enrichi; dans le cas de délégation, le donataire peut restituer la créance elle-même, ou, s'il n'en a reçu qu'une partie par suite de l'insolvabilité du débiteur, il n'est tenu de rendre que la somme reçue effectivement (*n*). — Si la donation résulte d'une acceptilation, la condiction a toujours lieu pour la totalité de la valeur nominale, alors même que le donataire eût été insolvable (*o*).

Les principes qui régissent la donation pour cause de mort, exposés jusqu'ici, reposent tous sur la nature d'un contrat, c'est-à-dire d'un acte entre-vifs, et ils ne participent en rien de la nature d'un acte de dernière volonté; différence fondamentale qui se manifeste encore de plu-

(*m*) L. 76, de jure dot. (XXIII, 3; L. 52, § 1, de don. int. vir. (XXIV, 1). «... defuncto viro viva muliere, stipulatio solvitur... *nam quo casu inter exteros condictio nascitur,* inter maritos nihil agitur. » Ainsi il y a ordinairement condiction; mais dans le cas spécial dont parle la loi, celui d'une donation entre époux, la stipulation est nulle en soi. (Cf. § 157 s', et appendice X, num. III *a*). — On peut demander pourquoi la condition défaillie donne seulement lieu à une condiction et n'annule pas la stipulation elle-même? Si la condition (du prédécès) eût été formellement exprimée, la stipulation tomberait *ipso jure;* la clause *mortis causa* n'a pas cet effet, et n'entraîne qu'une *condictio ob causam datorum.*

(*n*) L. 18, § 1; L. 31, § 3, de m. c. don. (XXXIX, 6).

(*o*) L. 18, § 1; L. 31, § 1, 3, 4, de m. c. (XXXIX, 6). Il en serait encore de même si le débiteur, à défaut d'acceptilation, eût obtenu sa libération par l'expiration d'un délai. L. 24, eod.

sieurs manières. Dans l'ancien droit, on pouvait donner *mortis causa* sans faire de testament (*p*), tandis qu'il fallait un testament pour l'institution d'héritier et pour les legs. Quand plus tard on admit la validité de pareils actes à titre de fidéicommis, ce caractère distinctif s'effaça. Mais voici une autre différence qui continua de subsister. La validité de la *mortis causa donatio* est indépendante de l'existence d'un héritier, tandis que les legs et les fidéicommis ne sont valables que si la succession a été réellement recueillie (*q*). — D'un autre côté, il est certain que la donation pour cause de mort peut avoir lieu entre personnes qui n'ont pas le droit de *testamentifactio*, et tels sont évidemment les *peregrini* (*r*). Si donc un *peregrinus* livrait ou promettait par stipulation une chose pour cause de mort, le donataire acquérait incontestablement la propriété ou une action (*s*), de même que son droit était subordonné au prédécès du donateur, ce qui est le caractère essentiel de la *m. c. donatio*. Si des auteurs modernes se sont trompés à cet égard, leur erreur tient à deux causes : ils ont confondu

(*p*) L. 25, pr. de m. c. don. (XXXIX, 6).

(*q*) Hasse, Rhein. Museum, II, 346.

(*r*) Ulpien, XXII, 2.

(*s*) Sur la capacité qu'ont les *peregrini* d'acquérir la propriété (excepté celle *ex jure Quiritium*), cf. Gajus, II, § 40 ; de faire des stipulations (excepté celle avec *spondes ? spondeo*), Gajus, III, § 93.

la *testamentifactio* avec la capacité, chose très-différente, et dont je parlerai tout à l'heure ; et ensuite les Romains eux-mêmes n'ont pas toujours employé l'expression technique *testamentifactio* (*t*) d'une manière rigoureusement exacte (*u*).

Mais j'ai déjà remarqué plus haut (§ 170) que cette espèce de donation avait par son but et par ses résultats de l'affinité avec les legs. Or, quand

(*t*) La phraséologie la plus exacte se trouve dans Ulpien, XX, § 2, 8, 10, 14; XXII, § 3. Nous ne pouvons juger de celle de Gajus à cause des lacunes que présente le texte principal. Dans beaucoup de textes on désigne ainsi le droit de tester, droit soumis néanmoins à bien d'autres conditions que celles de la *testamentifactio*. Ainsi, par exemple, le *filiusfamilias* et le *Latinus Junianus* ont la *testamentifactio*, et cependant ils ne peuvent pas tester. Ulpien, l. c. Pris dans sa signification propre, le mot *testamentifactio* est synonyme de *commercium ;* il désigne la capacité de la mancipation.

(*u*) Ainsi, d'après la L. 7, § 6, de don. (XXXIX, 5), les *filiifamilias* qui ont un *castrense peculium* peuvent faire des donations pour cause de mort « cum testamentifactionem habeant ; « c'est-à-dire, car ils peuvent disposer de ce pécule par testament ; ils ont la *testamentifactio* proprement dite (note *t*), même sans *castrense peculium*. — L. 32, § 8, de don. int. vir. (XXIV, 1). « nam et m. c. donare poterit *cui testari permissum est.* » Il s'agit ici d'un soldat condamné qui avait obtenu par grâce l'autorisation de disposer de ses biens. Cela n'a rien de commun avec les règles ordinaires du droit. — L. 1, § 1, de tutelæ (XXVII, 3). « sicuti testamentifactio... pupillis concessa non est, ita nec mortis quidem causa donationes permittendæ sunt. » Ici encore *testamentifactio* désigne la capacité de tester, refusée au pupille à cause de son âge. Le même motif le rend incapable de faire aucune aliénation, ce qui n'a certainement aucun rapport avec la *testamentifactio*.

les legs furent soumis à des restrictions positives, la donation pour cause de mort put être employée comme moyen d'éluder ces restrictions. On fut donc amené à étendre à cette espèce de donation plusieurs des règles qui restreignaient les legs. Les anciens juriconsultes ne s'accordaient pas sur les limites de cette assimilation, mais nous ne connaissons pas l'état de la controverse. Justinien s'est prononcé pour l'assimilation la plus étendue; d'après les termes dont il se sert, plusieurs auteurs ont cru qu'il avait aboli cette espèce de donation comme institution spéciale, et qu'il l'avait identifiée avec les legs (*v*). Je vais discuter complétement cette question importante.

§ CLXXII. — *Donation.* — *Espèces particulières.* 1. *Donation pour cause de mort.* (Suite.)

L'assimilation aux legs de la donation pour cause de mort peut être envisagée sous un double aspect, quant à la forme extérieure ou quant aux règles de droit à appliquer. Les controverses des anciens jurisconsultes roulaient seulement, autant que nous le sachions, sur le premier point. Justinien embrasse l'un et l'autre; nous avons

(*v*) L. 4, C. de don. causa mortis (VIII, 57), § 1, J. de don. (II, 7); Nov. 87, pr.

donc à examiner sa législation sous cette double face.

Parlons d'abord de la forme extérieure. Depuis que l'insinuation avait été exigée, d'abord pour toutes donations, ensuite pour les donations importantes, on pouvait se demander si cette prescription s'appliquait aussi à la donation pour cause de mort. Justinien décide qu'elle n'est pas absolument nécessaire, que chacun peut y suppléer par la présence de cinq témoins, et que cette formalité suffit à la validité de cette espèce de donation. Voici comment j'explique cette disposition fort simple. Celui qui veut donner pour cause de mort peut, à son choix, employer l'ancienne forme de la donation ou celle des codicilles. Dans le premier cas, si la valeur de la donation excède 500 *solidi*, l'insinuation est nécessaire; dans le second cas, quelle que soit la valeur, la présence de cinq témoins suffit comme pour tout codicille.

Néanmoins, cette disposition a donné lieu à une double méprise. Ainsi plusieurs ont cru que Justinien avait aboli l'ancienne forme des donations pour y substituer exclusivement celle des cinq témoins. Il résulterait de là qu'en général il n'y a plus de donation pour cause de mort, qu'il n'y a plus que des legs, avec cette modification secondaire que parfois la chose léguée est remise au légataire du vivant du testateur.

On peut être amené à cette opinion quand on lit seulement le préambule de la loi de Justinien. La loi elle-même offre au donateur une facilité nouvelle, et ne prohibe nullement l'emploi d'aucune forme usitée jusqu'alors ; elle dit que, même pour les donations importantes, le donateur peut suppléer à l'insinuation par la présence de cinq témoins ; mais il reste libre de faire avec insinuation une donation importante, et même, sans aucunes formalités, une donation de 500 *solidi* (*a*). L'opinion que je combats imputerait au législateur une inconséquence évidente. En effet, l'on ne pourrait valablement donner *mortis causa* 300 *solidi* par simple tradition ou 800 par tradition avec insinuation, sans la présence de cinq témoins. Or personne ne doute qu'une donation entre-vifs faite dans de semblables circonstances ne soit valable. Ainsi donc, les formalités suffisantes pour l'acte plus grave et plus dangereux ne suffiraient pas pour l'acte moins dangereux et moins grave.

D'autres ont cru que les cinq témoins étaient une forme particulière aux donations pour cause de mort, sans aucune relation avec les formes générales des codicilles, et que dès lors on n'avait

(*a*) Parmi les auteurs modernes, Müller, p. 27, 28, et Widerhold, p. 107-117, ont adopté l'opinion que je réfute ici. Schröter, p. 133 sq., a établi avec beaucoup de profondeur l'opinion que je soutiens.

pas à les appliquer ici (*b*). Un pareil isolement est difficile à admettre, surtout lorsque la forme nouvelle et sommairement indiquée tient de si près à une forme déjà connue. Mais ici viennent s'ajouter des motifs spéciaux pour voir dans la simple indication des cinq témoins la forme pure et complète des codicilles. C'était une règle générale, depuis longtemps établie, que les legs et les fidéicommis ne pouvaient se faire que par codicilles et en présence de cinq témoins (*c*). Maintenant la loi de Justinien commence par établir un rapprochement entre la *mortis causa donatio* et les legs; puis elle ajoute que cinq témoins appelés à un pareil acte dispensent de toute autre formalité. Quoi de plus naturel que de regarder la prescription des cinq témoins comme une brève désignation de la forme codicillaire exigée pour la validité des legs? Justinien avait-il besoin de reproduire à cette occasion tout ce qu'il dit ailleurs sur la forme des codicilles? J'ajoute que peu auparavant l'empereur avait décrété que la mort ne suffisait pas pour confirmer les donations importantes entre époux, qu'il fallait l'insinuation ou la *suprema voluntas* (*d*), c'est-à-dire soit un testament, soit un

(*b*) Cette seconde méprise se trouve dans Schröter, p. 144, 150. Elle a été relevée par Hasse, Rhein. Museum, III, 410.

(*c*) L. 8, § 3, C. de codicillis (VI, 36).

(*d*) L. 25, C. de don. int. vir. (V, 16).

codicille. Cet équivalent de l'insinuation, appelé ici *suprema voluntas*, est désigné, dans la loi qui nous occupe, par les cinq témoins. Les deux dispositions sont identiques; elles ne diffèrent que par l'expression et s'éclairent mutuellement.

Si, d'après ces motifs, on regarde les cinq témoins comme une brève désignation de la forme codicillaire déjà connue, il s'ensuit nécessairement que les cinq témoins peuvent être remplacés par toute espèce de forme codicillaire privilégiée, et ainsi par le mandat oral donné à l'héritier lui-même (*e*). Si les partisans de l'opinion que je combats prétendent qu'une semblable *mortis causa donatio* n'est pas valable, vu l'absence des cinq témoins, cet acte constituera du moins un fidéicommis imposant à l'héritier de faire et de permettre tout ce qui résultait de la *mortis causa donatio*, et le résultat pratique sera le même que si la donation eût été ratifiée directement. Il y a plus : si dans un codicille régulier ou privilégié un testateur disait : « Je donne à Titius 1,000 écus pour cause de mort, » cet acte ne vaudrait pas comme donation, puisqu'il y manque un des éléments essentiels de la donation, l'acceptation; mais il vaudra comme legs ou fidéicommis (*f*), car l'intention du testateur

(*e*) Schröter, p. 150, ne partage pas cet avis.

(*f*) Ici encore Schröter, p. 146, exprime une opinion contraire.

n'est point douteuse, et, d'après la lettre comme d'après l'esprit du droit Justinien, les expressions employées sont indifférentes (*g*).

Comparons maintenant la donation pour cause de mort et les legs, et voyons s'il y a parité entre les règles qui les régissent. Les empereurs avaient déjà fait quelques dispositions à cet égard; mais les jurisconsultes ne s'accordaient pas sur le point où l'on devait s'arrêter. Dans cet état de choses, Justinien adopta l'opinion des jurisconsultes qui admettaient l'assimilation la plus étendue, et il exprima sa volonté de deux manières. D'abord il ne fit insérer dans le Digeste que les textes des anciens jurisconsultes favorables à sa doctrine, et il exclut tous ceux qui lui étaient contraires; ensuite, dans le Code et dans les Institutes, il établit comme règle générale l'assimilation la plus étendue (*h*). Ainsi,

(*g*) L. 21, C. de legatis (VI, 37); L. 1, 2, C. communia de leg. (VI, 43), et surtout § 2, 3, J. de leg. (II, 20). — Dans l'ancien droit on attachait une grande importance au choix des termes, même pour les actes qui n'étaient pas soumis à des formes rigoureuses, tels que les fidéicommis (Ulpian. XXV, 2). Cependant on admettait comme fidéicommis valables des cas semblables à celui dont je parle : *dono* équivalait à *fideicommitto*, L. 75, pr.; L. 77, § 26, de leg., 2 (XXXI, un.) (§ 170, *cc.*)

(*h*) Pour tout lecteur non prévenu, cela résulte évidemment des textes eux-mêmes. La L. 4, C. de don. causa mortis (VIII, 57), commence par dire que les anciens jurisconsultes n'étaient pas d'accord sur la question de savoir si ces donations avaient

les diverses parties du corps de droit s'expliquent mutuellement. La règle générale posée dans le Code et les Institutes trouve dans le Digeste sa détermination et ses limites. Plusieurs auteurs, au contraire, trompés par la forme du corps de droit, ont pensé que le Code avait transformé en assimilation absolue l'assimilation partielle commencée dans le Digeste. D'après les principes que je viens d'exposer, on ne doit admettre l'assimilation que pour les cas exprimés par le Digeste ou par les constitutions impériales antérieures; et les sources du droit, en reconnaissant formellement plusieurs différences, qui continuent de subsister (*i*), confirment encore ce résultat. — Il

la nature de legs ou plutôt de donations entre-vifs. Puis Justinien décide que l'insinuation n'est jamais indispensable, et que l'on peut y suppléer avec cinq témoins. — Le § 1, J. de don. (II, 7), dit au commencement : « Hæ m. c. donationes ad exemplum legatorum redactæ sunt *per omnia,* » ce qui paraît assez dangereux. Puis le texte ajoute que c'était là une question controversée par les anciens jurisconsultes, et il termine en disant : « a nobis constitutum est, ut *per omnia* FERE legatis connumeretur. » Voici donc le sens du texte dans son ensemble : *sur la question controversée par les anciens jurisconsultes,* nous avons adopté l'assimilation de ces donations aux legs; de sorte que *cette assimilation existe pour les points les plus nombreux et les plus importants* (*fere*). — La Nov. 87 pr. établit cette assimilation en termes généraux, précisément comme la première partie du § 1, J., cité tout à l'heure.

(*i*) Schröter, p. 139 sq., a développé cette opinion, et il énumère, p. 116 sq., les différences qui continuent de subsister.

s'agit maintenant de déterminer sous quels rapports la *mortis causa donatio* est réellement assimilée aux legs.

§ CLXXIII. — V. *Donation.* — *Espèces particulières.* 1. *Donation pour cause de mort.* (Suite.)

Le premier cas où la donation pour cause de mort paraisse avoir été assimilée aux legs est celui de l'*incapacité.* En effet, d'après la *lex Julia,* les célibataires ne pouvaient rien recueillir des legs ou des successions qui leur étaient déférées, et les personnes mariées sans enfants ne pouvaient en recueillir que la moitié. Comme rien n'était plus facile que d'éluder la loi au moyen d'un fidéicommis, le *Sc. Pegasianum* étendit la prohibition aux fidéicommis (*a*). Éluder la loi au moyen d'une *mortis causa donatio* n'était pas moins facile; aussi un décret du sénat comprit dans la prohibition les donations pour cause de mort (*b*), et telle fut leur première

(*a*) Gaius, II, § 286. — D'après la lex Junia, le Latinus Junianus était soumis à la même incapacité (Gaius, I, § 23, II, § 275; Ulpian. XXII, § 3); mais la raison politique n'étant pas ici la même que pour le célibat, on jugea inutile d'étendre la prohibition aux fidéicommis. Gaius, II, § 275; Ulpian., XXV, § 7.

(*b*) L. 35, pr. de m. c. don. (XXXIX, 6). Cf. L. 9, 10, 33, eod. Par là s'explique aussi la généralité apparente de la L. 37,

assimilation artificielle avec les legs. Mais l'analogie voulait que, pour apprécier cette incapacité, on se reportât, non pas à l'époque de la donation, mais à celle de la mort du donateur (*c*); ou, pour parler plus exactement, la donation ne tombait pas sous la prohibition lorsqu'à la mort du donateur, ou dans les cent jours suivants, le donataire était marié et avait des enfants (*d*). — Justinien a aboli en général toutes ces conséquences du célibat et de l'absence d'enfants (*e*), et c'est par inadvertance que les rédacteurs du Digeste font mention de cette incapacité au sujet de la *mortis causa donatio*, à moins peut-être qu'ils n'aient eu en vue la prohibition, non-seulement de succéder, mais de recevoir à titre de donations, prononcée par les lois impériales contre les hérétiques et les apostats (§ 84).

La seconde assimilation se rapporte à la quarte falcidie. La *lex Falcidia* elle-même per-

pr. eod. « Illud generaliter meminisse oportebit, donationes mortis causa factas legatis comparatas : quodcunque igitur in legatis juris est, id in mortis causa donationibus erit accipiendum. » Ce texte est tiré d'un commentaire d'Ulpien sur la lex Julia, et ainsi il n'exprime que l'assimilation relative à l'incapacité du *cœlebs* et de l'*orbus*. — La m. c. donatio était également interdite au Latinus Junianus (Fragm. Vat., 259), et, chose remarquable, cette incapacité n'existait pas pour les fidéicommis (note *a*).

(*c*) L. 22, de m. c. don. (XXXIX, 6).

(*d*) Ulpian., XVII, § 1; XXII, § 3.

(*e*) L. un., § 14, C. de cad. toll. (VI, 51).

mettait à l'héritier testamentaire de réduire les legs mis à sa charge, de manière à conserver comme bénéfice net le quart de sa portion héréditaire. Le *Sc. Pegasianum* étendit cette mesure aux fidéicommis, soit qu'ils eussent pour objet une hérédité ou une chose déterminée (*f*). Pius (Antonin) l'étendit en outre aux fidéicommis imposés à l'héritier ab intestat, (*g*). Vint ensuite la constitution de Sévère, qui soumettait aux mêmes retenues les donations pour cause de mort (*h*). Dès lors l'héritier testamentaire, comme l'héritier ab intestat, fut autorisé à faire figurer ces donations dans la masse héréditaire, sur la quelle devait se prendre sa portion héréditaire et son quart, et à les soumettre à la même réduction

(*f*) Gaius, II, § 254, § 5, J. de fideic. hered. (II, 23).

(*g*) L. 18, pr. ad L. Flac. (XXXV, 2). — On ne parle ici que de fidéicommis, et non de legs, car il s'agit de successions ab intestat, et, d'après l'ancien droit, les legs ne pouvaient se faire que par testament ou par *codicillis testamento confirmatis*.

(*h*) L. 5, C. ad L. Falc. (VI, 50); L. 2, C. de don. causa mortis (VIII, 57). Cette constitution était alors nouvelle; aussi Papinien oppose le *jus antiquum* à la *constitutio*. L. 42, § 1, de m. c. don. (XXXIX, 6). — Cette assimilation se trouve mentionnée et établie dans les textes suivants : L. 77, § 1, de leg., 2 (XXXI, un.); L. 15, pr.; L. 82, ad L. Falc. (XXXV, 2); L. 1, § 5, quod legat. (XLIII, 3); L. 27, de m. c. don. (XXXIX, 6). Fragm. Vat., § 281. — Cuj., obs. XX, 6, croit sans motif suffisant que Sévère établit cette assimilation pour les successions testamentaires, et que Gordien, dans la L. 2, C. cit., l'étendit aux successions ab intestat.

que les legs et les fidéicommis. C'est par application de ce principe que l'on déclara aussi réductibles les donations entre époux confirmées par la mort (*i*), car elles étaient regardées en général comme des *mortis causa donationes* (§ 164).

La quarte falcidie repose sur ce principe supérieur, et en dehors du droit positif, que tous les legs ou fidéicommis sont nuls *ipso jure* dès qu'ils excèdent la valeur de la succession elle-même (*k*). Ce principe ne touchait nullement aux *m. c. donationes* tant qu'on les considère comme étrangères à la succession; mais quand, dans l'intérêt de la falcidie, on fit rentrer ces donations dans la masse héréditaire, on dut nécessairement leur appliquer ce principe supérieur. Il résulte encore de là que les créanciers du défunt peuvent faire annuler la *mortis causa donatio* si elle entame leurs créances. En pareil cas ils n'ont plus besoin de recourir à la *Pauliana actio*, et ils y trouvent l'avantage de n'avoir point à prouver l'intention frauduleuse de leur débiteur (*l*).

(*i*) L. 32, § 1, de don. int. vir. (XXIV, 1); L. 12, C. ad L. Falc. (VI, 50).

(*k*) L. 73, § 5; L. 17, ad L. Falc. (XXXV, 2); L. 18, § 1, de test. mil. (XXIX, 1).

(*l*) L. 17, de m. c. don. (XXXIX, 6). «... nam cum legata ex testamento ejus, qui solvendo non fuit, omnimodo inu-

La *Bonorum possessio contra tabulas* d'un *Suus* ou *Emancipatus* prétérit annule de soi-même les institutions d'héritier et les legs, car les uns et les autres ne subsistent que par le testament; la portion héréditaire et les legs donnés aux descendants et ascendants du défunt sont spécialement exceptés. Tout cela ne touche pas les *m. c. donationes,* car elles ne se rattachent pas au testament; néanmoins on leur appliqua la règle et l'exception (*m*). Si la succession est recueillie ab intestat, il ne peut y avoir de *B. P. contra tabulas,* ni d'annulation qui en dérive (*n*). Quand donc un fils se trouve lésé par une *c. m. donatio*, il ne lui reste que la retenue de la quarte falcidie (note *h*). — On fit la même extension à la *B. P. contra tabulas liberti;* ainsi, le patron annulait de plein droit les donations pour cause de

tilia sint, possunt videri etiam donationes mortis causa factæ rescindi debere, *quia legatorumi nstar obtinent.* » Ces derniers mots, malgré leur généralité apparente, n'établissent l'assimilation *que sous ce rapport spécial.*

(*m*) L. 3, pr.; L. 5, § 7; L. 20, pr. de leg. præst. (XXXVII, 5).

(*n*) L. 20, § 1, de leg. præst. (XXXVII, 5). « Intestato autem mortuo patre, super donationibus m. c. factis non poterit filius queri; *quoniam comparatio nulla legatorum occurrit.* » Le motif n'est pas heureusement choisi, car la falcidie des héritiers ab intestat se trouverait également exclue; ce qui a induit Cujas en erreur. — Non poterit filius queri signifie : le fils n'a ici aucun moyen (tel que la B. P. c. t.) pour faire annuler la donation.

mort, tandis que, pour attaquer les donations entre-vifs, il devait recourir à l'*actio Faviana* ou *Calvisiana*, et dès lors pouver la fraude du donateur (*o*).

Tout usufruitier doit fournir caution au propriétaire pour sa bonne administration et la restitution future de la chose. Cela s'applique non-seulement à l'usufruit constitué comme legs, mais à celui qui résulte d'une donation pour cause de mort (*p*); ainsi, lorsque quelqu'un établit un usufruit par une *mortis causa donatio,* après sa mort son héritier peut exiger la caution. Il n'y a là rien de spécial, car une semblable caution peut être exigée même pour l'usufruit constitué par contrat (*q*). Mais la chose spéciale est la règle positive qui empêche l'héritier de faire au légataire remise de la caution (*r*). La *mortis causa donatio,* est, sous ce rapport, assimilée aux legs, tandis que, si l'usufruit résulte

(*o*) L. 1, § 1, si quid in fraud. (XXXVIII, 5).

(*p*) L. 1, § 2, usufr. quemadm. caveat (VII, 9). « Plane et si ex mortis causa donatione ususfructus constituatur, *exemplo legatorum debebit hæc cautio præstari.* »

(*q*) L. 1, § 2 cit.; L. 4, C. de usufr. (III, 33).

(*r*) L. 7, C. ut in poss. (VI, 54). En voici le motif. La Lex Julia avait dans plusieurs cas permis de laisser par testament l'usufruit, mais non la propriété (Ulpian. XV, 1). Cette prescription pouvait être aisément éludée si le testateur dispensait de la caution, et si le légataire, d'ailleurs insolvable, dissipait les biens. Cet abus n'était pas moins à craindre pour une *m. c. donatio* que pour un legs.

d'un contrat, le propriétaire est toujours libre de ne pas exiger de caution.

Quand, à une institution d'héritier ou à un legs est ajoutée la condition d'un serment, l'héritier ou le légataire sont dispensés de le prêter ; mais il existe des voies de droit pour protéger la volonté du testateur (§ 123). Cette transformation s'étend aux donations pour cause de mort, et voici comment elle s'opère. Si le donateur s'est fait promettre la restitution de la chose, non-seulement sous la condition ordinaire de cette espèce de donation, mais aussi pour le cas où le donataire ne s'engageait pas par serment à accomplir un acte déterminé (*s*), on n'exige pas le serment, mais l'accomplissement de l'acte à titre de *modus*.

Les soldats placés sous la puissance paternelle ont le droit de disposer par testament de leur *peculium castrense,* et ainsi de nommer des héritiers et des légataires. Bientôt, par voie de conséquence, on étendit aux *mortis causa donationes* cette faculté qui, dans l'origine, et d'après la lettre de la loi, n'avait été établie que pour les testaments (*t*).

(*s*) L. 8, § 3, de cond. inst. (XXVIII, 7). « Et in mortis causa donationibus dicendum est Edicto locum esse : si forte quis caverit, nisi jurasset se aliquid facturum, restiturum quod accepit ; oportebit itaque remitti cautionem. »

(*t*) L. 15, de m. c. don. (XXXIX, 6.) « ... hoc et constitu-

Celui qui reçoit une *m. c. donatio* peut être chargé d'un fidéicommis (*u*). Rigoureusement parlant, il n' y a pas là d' assimilation avec les legs, car une charge semblable peut être imposée à celui qui recoit un fidéicommis ou même une simple *m. c. capio* (*v*). Mais pour cette nature de charge il faut une succession subordonnée à un cas de mort, c'est-à-dire à la volonté d'un défunt (*w*); voilà pourquoi l'on range parmi ces successions la *m. c. donatio*, et tel est l'effet important qui la distingue des contrats purs. On a prétendu à tort que ce n'était là qu'une conséquence naturelle de la révocabilité de la *m. c. donatio*, un fidéicommis imposé équivalant à une révocation partielle (*x*). Mais la révocation est l'acte d'une personne vivante; or le fidéicommis n'est connu qu'après la mort, et sa force obligatoire présente un caractère spécial qui ne s'explique pas par la simple nature du contrat

tum est, *et ad exemplum legatorum* mortis causa donationes revocatæ sunt; » c'est-à-dire en ce qui touche le *castrense peculium* dont parle cette loi. Détachée de l'ensemble du texte, ces mots présenteraient la fausse apparence d'une assimilation absolue.

(*u*) L. 11, de dote præleg. (XXXIII, 4); L. 77, § 1, de leg., 2 (XXXI, un.); L. 8, § 2, de transact. (II, 15); L. 1, C. de don. c. m. (VIII, 57); L. un. § 8, C. de cad. toll. (VI, 51).

(*v*) L. 96, § 4, de leg., 1 (XXX, un.).

(*w*) L. 1, § 6, de leg., 3 (XXXII, un.); L. 9, C. de fideic. (VI, 42).

(*x*) Schröter, p. 116.

conditionnel. Les règles du droit ont suvii, dans leurs développements, la marche précisément inverse. Comme on ne pouvait repousser la charge imposée par la *m. c. donatio*, vu sa nature de succession, on étendit ce principe à la donation ordinaire déclarée révocable par contrat; mais cela se fit plus tard et en vertu d'une constitution de Pius (Antonin)(*y*). Il y eut par la suite une extension nouvelle dont je parlerai au § 175.

Dans tous ces cas, l'assimilation de la *m. c. donatio* avec les legs est certaine; hors de ces cas elle ne saurait être admise, malgré la généralité apparente des textes du Code et des Institutes. Quelquefois même l'assimilation est niée formellement. Ainsi, l'indignité prononcée entre les héritiers ou légataires qui attaquent le testament ne s'étend pas à celui qui a reçu une *m. c. donatio* (*z*). — Enfin il résulterait de l'assimilation absolue qu'on ne pourrait pas faire une *m. c. donatio* irrévocable. Cela est certain quant aux legs; néanmoins, la possibilité d'une *m. c. donatio* irrévocable est expressément reconnue, non-seulement dans le Digeste, mais encore dans une Novelle (§ 170, *f*).

(*y*) L. 37, § 3, de leg., 3 (XXXII, un.).

(*z*) L. 5, § 17, de his quæ ut ind. (XXXIV, 9). « Qui mortis causa donationem accepit a testatore *non est similis in hac causa legatario.* »

§ CLXXIV. — V. *Donation. — Espèces particulières.* 1. *Donation pour cause de mort.* (Suite.)

Je vais maintenant discuter dans son ensemble la question déjà traitée partiellement, celle de savoir si les restrictions positives des donations s'appliquent aussi à la *m. c. donatio*.

La prohibition entre époux ne trouve ici aucune application, et il paraît que cela a été de tout temps (§ 162, *m*).

La *lex Cincia*, avec ses additions, s'appliquait-elle à la *m. c. donatio*, ou, en d'autres termes, cette espèce de donation était-elle soumise à la prohibition des sommes importantes et aux formes spéciales de la mancipation, que suppléait la possession conférant les interdits? La question est fort douteuse. Pour le donateur lui-même elle était ordinairement sans intérêt, puique celui-ci pouvait presque toujours révoquer arbitrairement la *m. c. donatio* (§ 170). Mais ce droit de révocation finissant à la mort du donateur, la question prenait beaucoup d'importance pour ses héritiers, qui pouvaient opposer au donataire que l'on avait excédé la quotité légale, ou que le défaut de mancipation n'était pas suppléé par l'usucapion. Si l'on admet que la règle : *morte Cincia removetur*, n'a jamais été contestée, la *lex Cincia* ne pouvait évidemment exercer aucune

influence sur les héritiers, et ainsi la donation pour cause de mort se trouvait en dehors de la *lex Cincia*, sauf le cas très-rare où le donateur renonçait à son droit de révocation, et pouvait alors exciper des dispositions de la loi. Si l'on admet, au contraire, que la règle *morte Cincia removetur*, soutenue d'abord par une partie seulement des anciens jurisconsultes, n'a été généralement reconnue que plus tard, les héritiers pouvaient aussi, dans l'opinion des jurisconsultes dissidents, invoquer le bénéfice de la *L. Cincia* (*a*).

Toute *m. c. donatio* dont la valeur excède 500 *solidi* est soumise à l'insinuation. Cette assimilation n'est pas douteuse. La donation doit donc être insinuée ou faite sous la forme d'un codicille. De plus, quand il y a lieu de la réduire comme excédant la quotité légale, les héritiers peuvent faire prononcer la réduction (§ 172).

La révocation pour cause d'ingratitude n'est susceptible d'aucun doute. Le donateur lui-même peut révoquer arbitrairement la donation, par conséquent aussi dans le cas d'ingratitude. S'il a renoncé à ce droit de révocation arbitraire, sa volonté ne se trouve pas plus enchaînée que

(*a*) Cf. § 165, c. et f. — Haubold, opusc. I, 442, croit la lex Cincia applicable à la *m. c. donatio;* Hasse, Rhein. Museum, II, 313, et Schröter, p. 100, sont d'une opinion contraire.

par une donation entre-vifs ; la révocation pour cause d'ingratitude ne saurait lui être interdite, d'autant plus que la renonciation formelle à ce droit de révocation spéciale serait réputée non écrite (§ 169, *l*).

Jusqu'ici j'ai envisagé la donation pour cause de mort comme un acte dont la base est un contrat. Elle présente effectivement ce caractère dans la plupart des cas, et c'est là le point de vue le plus favorable pour expliquer le régime auquel elle est soumise dans la pratique. Mais lorsque des auteurs modernes, regardant cette forme comme la seule possible, nient qu'il y ait jamais donation pour cause de mort sans un contrat, ils expriment une opinion que je ne saurais partager. Je vais donc faire voir que les cas de donation sans contrat énumérés plus haut (§ 160) peuvent s'appliquer également à la donation pour cause de mort.

Celui qui acquitte la dette d'un ami en son absence et à son insu, au moyen d'un payement comptant ou d'une novation, peut vouloir faire tantôt une *negotiorum gestio,* tantôt une donation. Si, au moment de l'insinuation, par exemple, dans les cas où elle est nécessaire, il déclare vouloir faire une donation, mais une donation pour cause de mort, cet acte aura tous les effets juridiques de la donation pour cause de mort ; comme aussi s'il faisait, dans les mêmes cir-

constances, une déclaration semblable en rebâtissant les bâtiments incendiés d'un domaine appartenant à son ami. Supposons maintenant qu'il meurt avant cet ami sans avoir changé de volonté; la donation devient parfaite, et les héritiers ne peuvent rien réclamer du donataire, car l'intention de donner exclut la *negotiorum gestorum actio*. Supposons, au contraire, le cas inverse, c'est-à-dire le prédécès de l'ami; la *mortis causa donatio* se trouve anéantie par la condition de retour qui lui est inhérente; et comme une déclaration expresse exclut alors le *donandi animus*, les frais de reconstruction peuvent être réclamés aux héritiers du défunt. — La seule différence, et elle ne touche que la forme, consiste dans les voies de droit ouvertes pour obtenir la restitution des dépenses. Le donateur n'a besoin ni de la revendication, ni de la condiction, ni de l'*actio præscriptis verbis*; la *negotiorum gestorum actio* lui suffit pour atteindre son but. Ainsi se trouve confirmé un principe énoncé plus haut (§ 158) que, dans un cas semblable, la donation résulte de la remise d'une dette dont le donateur est créancier, c'est-à-dire de la somme qu'il aurait pu réclamer par la *negotiorum gestorum actio*, si, en exprimant l'intention de donner, il n'avait dès l'origine empêché cette créance de naître.

§ CLXXV. — V. *Donation.* — *Espèces particulières.* 2. *Donatio sub modo.*

Le *modus,* comme forme spéciale d'une charge imposée à une acquisition, n'existe en général que pour les successions et pour les donations (§ 128); il imprime à la donation un caractère particulier qu'il s'agit maintenant d'étudier. En effet, l'obligation contenue dans le *modus* absorbant une partie du bénéfice originaire, il en résulte un acte mixte (§ 154), dont chaque élément, l'obligation et la donation, doit être examiné séparément.

I. *Obligation.* L'obligation peut avoir pour objet une prestation en faveur du donateur lui-même ou d'un tiers, ou bien un acte qui ne confère de droit à aucun individu, tel que l'érection d'un monument ou la fondation d'un établissement public (§ 128). Voici les voies de droit particulières à ces diverses obligations.

A. Quand l'objet du *modus* est une prestation en faveur du donateur lui-même, cet intérêt pécuniaire donne lieu à une action; c'est l'action de la stipulation, quand à la donation on a ajouté une stipulation touchant le *modus.* Le donateur a en outre l'*actio præscriptis verbis,* car toute *donatio sub modo* renferme un contrat selon la

forme *do ut des*, ou bien *do ut facias*. — Voici diverses applications de ce principe important. Le donataire peut être tenu de fournir des aliments au donateur (*a*), soit toute autre chose (*b*), ou bien de restituer la donation même sous une certaine condition ou à une époque déterminée, par exemple lors de son propre décès (*c*), ou sur la première réquisition du donateur (*d*). — Mais le donateur ne peut exercer lui-même aucune action si l'objet du *modus* est une prestation en faveur d'un tiers ; car c'est un principe général que le contrat fait au profit d'un tiers n'attribue d'action ni à la partie contractante ni à ce tiers (*e*).

B. Dans tous les cas, et quelle que soit la prestation contenue dans le *modus*, le donateur a une condiction *ob causam datorum* pour se faire restituer la chose donnée dès que le donataire manque volontairement à ses engagements (*f*). Quand même le donateur n'aurait à leur exécution aucun intérêt, la *causa non secuta* n'en existe

(*a*) L. 3, C. de contr. emt. (IV, 38) ; L. 8, C. de rer. permut. (IV, 64).

(*b*) L. 9, 22, C. de don. (VIII, 54).

(*c*) L. 2, C. de don. quæ sub modo (VIII, 55).

(*d*) L. 37, § 3, de leg., 3 (XXXII, un.).

(*e*) L. 11, de O. et A. (XLIV, 7) ; L. 9, § 4, de reb. cred. (XII, 1), § 4, J. de inut. stip. (III, 19).

(*f*) Les textes décisifs sont : L. 3 ; L. 8, C. de cond. ob causam (IV, 6). Les L. 2, 6, eod., sont moins formelles.

pas moins. D'un autre côté, l'action n'est recevable qu'avec les deux restrictions suivantes, indiquées précédemment. D'abord la condiction n'a point lieu si l'exécution est impossible (*g*); mais il faut que l'impossibilité provienne de causes extérieures, non de la faute du donataire. Ensuite la condiction ne peut s'exercer tant que l'obligation contenue dans le *modus* n'est pas exigible, et que la donation résultant de l'acte mixte est la seule chose réalisée (*h*). Nous voyons donc une différence remarquable entre ce cas et les autres contrats innomés où la condiction

(*g*) L. 8, C. de cond. ob causam (IV, 6. « Dictam legem donationi, *si non impossibilem contineat causam.* » Ici donc le *modus*, en matière de donations, est complétement assimilé au *modus* en matière de successions et de legs (§ 129, *i*). La L. 2, § 7 de don. (XXXIX, 5), n'offre qu'une contradiction apparente. Si quelqu'un donne de l'argent à un autre pour acheter l'esclave Stichus, cela peut constituer une donation pure dont l'achat n'aurait été que l'occasion, et alors la condiction n'est pas admise, même dans le cas de la mort de Stichus. Mais si l'argent a été donné pour procurer un bon maître à Stichus, non pour enrichir l'acheteur, alors il n'y a pas de donation, et la condiction s'exerce comme elle s'exercerait par suite de tout autre contrat innomé.

(*h*) L. 18, pr. de don. (XXXIX, 5). « Aristo ait, cum mixtum sit negotium cum donatione, *obligationem non contrahi eo casu quo donatio est.* » Le § 1 contient l'application suivante de cette règle : « si servum tibi tradidero ad hoc, ut eum post quinquennium manumittas, *non posse ante quinquennium agi, quia donatio aliqua inesse videtur*. Aliter atque, inquit, si ob hoc tibi tradidissem, ut continuo manumittas : hic enim *nec donationi locum esse ; et ideo esse obligationem.* »

peut s'exercer arbitrairement en vertu du *jus pœnitendi,* lors même que le donataire n'a rien à se reprocher (*i*). Le *jus pœnitendi* ne s'applique jamais à la *donatio sub modo* (*k*), et en voici le motif. Dans la *donation sub modo*, la partie de l'acte constituant la donation est inséparable du *modus,* de sorte qu'on ne peut reconnaître quelle a été l'intention dominante du donateur (*l*). La condiction une fois ouverte, il semblerait que la valeur à réclamer est celle du *modus,* et non de la donation propre. Si donc il s'agissait d'une maison de 1,000 écus donnée avec des prestations montant à 200 écus, il semblerait qu'on doit seulement réclamer ces 200 écus, et non les 800 destinés à enrichir le donataire. Néanmoins la maison entière doit être restituée. Cette décision se fonde encore sur l'indivisibilité de l'acte,

(*i*) L. 3, § 2, 3; L. 5, pr., § 1, 5, de cond. causa data (XII, 4).

(*k*) Cela est clairement exprimé dans la L. 18 de don. (note *h*). La L. 27, § 1, mand. (XVII, 1), et la L. 5, § 1, de cond. causa data (XII, 4), n'offrent qu'une contradiction apparente. Mais dans ces deux textes il faut supposer que celui qui a livré l'esclave à affranchir après un certain temps n'a pas eu l'intention de donner, et effectivement rien n'indique cette intention. La L. 18, § 1, de don. (XXXIX, 5), se réfère à des cas semblables. Cf. Meyerfeld, I, p. 416.

(*l*) Ici donc s'applique le principe de la L. 5, § 2, de don. int. vir. Cf. § 152, *b*. Si l'ensemble de l'acte vaut comme donation, c'est parce que, dans la plupart des cas de la *donatio sub modo*, le *donandi animus* prédomine.

et de plus sur l'ingratitude évidente que montre le donataire en refusant d'exécuter le *modus* (*m*). Aussi Justinien a-t-il rangé ce défaut d'exécution parmi les cas de révocation pour cause d'ingratitude (§ 169), et cette prescription, nullement indispensable pour la pratique, nous prouve que l'ancien droit fondait sur l'ingratitude cette extension de la condiction. — Il est un cas où le donateur qui veut se faire restituer la chose donnée a un droit de révocation indépendamment de l'action personnelle : c'est le cas où le donataire refuse au donateur les aliments que lui assure le *modus*. Cette voie de droit, en dehors des principes généraux, a une nature toute positive, et ne doit pas être étendue au delà de ce cas spécial (*n*).

C. Quand l'objet du *modus* est une prestation en faveur d'un tiers, celui-ci n'avait, dans l'ancien droit, aucune action (note *e*), car il aurait dû intervenir au contrat et stipuler le *modus* pour lui-même ; le nouveau droit lui accorde une *utilis actio* (*o*). Cela constitue sans aucun doute

(*m*) Sans cette dernière considération on aurait pu argumenter de l'indivisibilité de l'acte pour le garder comme une donation et refuser toute condiction (note *l*). Ici on a préféré avec raison l'équité pratique aux conséquences rigoureuses de la logique.

(*n*) L. 1, C. de don. quæ sub modo (VIII, 55). Meyerfeld I, p. 413.

(o) L. 3, de C. don. quæ sub modo (VIII, 55). C'est un rescrit de Dioclétien et de Maximien qui se trouve aussi dans les

une innovation ; mais il importe de déterminer à quelle institution elle se rattache et sert de complément. On a dit que cette action dérive d'une cession tacite faite par le donateur au tiers favorisé (*p*) ; cette explication est évidemment inadmissible. En effet, le donateur n'aurait pu céder que l'*actio præscriptis verbis* ou la *condictio*. Or, dans le cas dont il s'agit, la prestation en faveur d'un tiers, la première de ces actions ne lui appartient pas (note *e*); comment donc l'aurait-il cédée? Quant à la cession de la *condictio*, elle aurait pour résultat que le tiers pourrait non-seulement réclamer l'exécution du *modus*, mais la donation elle-même. Si donc un domaine avait été donné à la charge de fournir des aliments à un vieux serviteur, celui-ci pourrait réclamer en justice, non-seulement les aliments que lui refuserait le donataire, mais le domaine tout entier (*q*). Comme cela n'est pas

Fragm. Vat., § 286. L'introduction du nouveau principe y est attribuée aux *divi principes*. L'analogie que présente la L. 8, C. ad exhib. (III, 42), est seulement apparente. Dans cette loi, quelqu'un avait livré à titre de prêt et de dépôt la chose d'autrui sous la condition de restitution au propriétaire; ce dernier a en conséquence l'*utilis depositi actio*. L'action se fonde sur une cession nécessaire, c'est-à-dire fictive; car le déposant pouvait être contraint, comme mandataire ou *negotiorum gestor*, de céder sa *depositi actio* au propriétaire de la chose.

(*p*) Meyerfeld, I, p. 422.

(*q*) Dans la L. 3, C. cit., ce point important demeure ina-

soutenable, l'idée d'une cession tacite doit être absolument rejetée. — Voici, suivant moi, quel a été l'enchaînement véritable des idées. Celui qui reçoit une *m. c. donatio* peut, comme le légataire, être chargé d'un fidéicommis (§ 173, *u*). Une constitution de Pius (Antonin) étendit ce principe aux donations révocables entre-vifs (§ 173, *y*). Or, ses successeurs, les *divi principes*, ne firent que marcher dans la même voie en soumettant au même régime les donations où une prestation en faveur d'un tiers avait été dès l'origine imposée au donataire. Ainsi donc on suivit ici l'analogie des fidéicommis, bien que la nouvelle règle excédât beaucoup la véritable nature des fidéicommis.

II. *Donation*. Je passe à la partie de l'acte qui constitue une donation; il s'agit de voir comment les restrictions positives de la donation lui sont applicables.

La *donatio sub modo* est nulle entre époux, comme toute autre espèce de donation. La donation une fois restituée, le donataire est délivré de toutes ses obligations. S'il avait fait des dépenses pour l'accomplissement du *modus*, ces dépenses diminuent la valeur de la donation, et le donateur doit lui en tenir compte, d'autant plus

perçu, parce que, dans l'espèce de ce rescrit, la restitution de la chose même au tiers, après un certain délai, constitue précisément le *modus*.

qu'elles n'ont été faites que par sa volonté (§ 150, *a*).

Toutes les autres restrictions positives s'appliquent d'après le même principe. Ainsi donc, toutes les fois que la donation est annulée, les prestations dues par le donataire finissent avec son bénéfice ; celles déjà faites constituent une réduction partielle de la donation, d'après la volonté même du donateur, et il n'y a pas lieu de distinguer si la donation est absolument nulle, par exemple, pour défaut d'insinuation, ou s'il faut la faire révoquer, comme dans le cas d'ingratitude.

La plupart de ces principes s'appliquent sans difficulté au droit actuel ; seulement la condiction dirigée contre le donataire qui refuse d'exécuter les clauses de la donation, tenant à la nature des contrats innomés, serait inapplicable aujourd'hui (*r*). Mais comme Justinien a rangé cette circonstance parmi les cas de révocation pour cause d'ingratitude (§ 169), ce droit du donateur est incontestable.

(*r*) Glück, vol. IV, p. 294 ; vol. XIII, p. 48. Cette doctrine n'est pas sans contradicteurs.

§ CLXXVI. — V. *Donation.— Législations nouvelles.*

Le Code prussien traite des donations, Th. I, tit. XI, § 1037-1177 ; le Code autrichien, § 938-956. Le Code civil français réunit dans le même titre les donations et les testaments. Les règles communes à ces deux institutions se trouvent art. 893-930 ; les règles spéciales aux donations, art. 931-966 ; elles ont pour base l'ordonnance de 1731, rédigée par le chancelier d'Aguesseau. Voulant terminer ce que j'ai à dire sur les donations par la comparaison de ces diverses législations avec le droit romain, je prendrai comme point de départ les règles purement positives de ce droit, c'est-à-dire les trois espèces de restrictions qu'il impose aux donations.

I. La prohibition entre époux est rejetée par le Code prussien (*a*) et par le Code autrichien (§ 1246). Le Code civil français suit absolument le droit romain, puisqu'il déclare toujours révocables toutes donations faites entre époux pendant le mariage (art. 1096). Le droit de révocation est substitué à la nullité que prononce le

(*a*) A. L. R. II, 1, § 310. Dans le cas de faillite seulement, les créanciers ont ici des droits plus étendus que s'il s'agissait d'une autre donation. A. L. R. II, 1, § 312, et Anhang zum L. R., § 74, rapprochés de I, 11, § 1129 sq.

droit romain, et ce changement n'offre pas grand intérêt dans la pratique. Une question plus importante est de savoir si ces donations deviennent irrévocables par la mort du donateur. La loi est muette sur ce point; mais la jurisprudence est entièrement conforme aux principes du droit romain (*b*).

II. Les formalités spéciales exigées pour la validité des donations offrent beaucoup de diversité; toutes sont motivées sur ce que les donations prêtent plus aux abus que la plupart des contrats. A cet égard le droit romain actuel est surtout défectueux. Il n'exige l'insinuation juridique que pour une somme très-importante, et sans tenir aucun compte de la fortune du donateur. Au-dessous de cette somme, il n'astreint la donation à aucune forme positive; il laisse même plus de liberté que pour la plupart des contrats, car il attache une action à la simple promesse faite sans stipulation. Les législations nouvelles sont exemptes de semblables défauts.

Le Code autrichien a suivi une marche fort simple; les formalités qu'il exige sont une promasse par écrit, ou la tradition (§ 943). L'une ou l'autre suffit pour la validité de la donation la plus importante, même celle de tous les biens présents; quant aux biens à venir,

(*b*) Toullier, Droit civil, t. V, § 918.

on ne peut en donner que la moitié (§ 944).

La loi française offre plus de difficultés. Dans des termes d'une généralité apparente, elle exige d'abord l'acceptation (art. 894, 932), dont je parlerai encore plus bas, puis un acte devant notaire (art. 931). Au reste, ces formalités ne sont pas nécessaires pour toutes les donations, mais pour tous *actes* portant donation entre-vifs, d'où l'on a tiré l'interprétation suivante, qui semble adoptée généralement. Quand des choses mobilières sont données avec tradition immédiate (dons manuels), la donation est valable même sans acte notarié. Quand la donation est irrégulière à cause de l'absence du notaire ou à défaut d'acceptation, la mise en possession du donataire (exécution volontaire) couvre ses vices de forme (*c*). L'étendue de la donation, quant aux biens présents, n'est pas limitée; si elle comprend des biens à venir, elle est nulle à cet égard (art. 943) (*d*). — Quand les formes pres-

(*c*) Maleville, sur l'art. 931. Toullier, t. V, § 172, 173, 177-179, 189, 190. — D'après l'art. 939, on pourrait croire que, pour les donations d'immeubles, une condition essentielle de leur validité est la transcription des actes aux bureaux des hypothèques; mais cet article signifie seulement qu'à défaut de transcription la donation ne peut être opposée à des tiers, art. 941.

(*d*) Non a cause du danger des donations excessives, mais par suite de l'art. 944, qui déclare nulle toute donation faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté

crites ont été observées, la donation est parfaite, sans qu'il y ait besoin de tradition; l'acte fait devant notaire transfère immédiatement la propriété (art. 938).

Le Code prussien est celui qui exige les formes les plus rigoureuses. Toute donation peut se faire judiciairement; mais la simple promesse donne aussi lieu à une action (§ 1063, 1064, 1069). Il faut, de plus, la tradition, et en outre, pour les immeubles, un acte écrit. Néanmoins, une semblable donation extrajudiciaire est pendant six mois toujours révocable au gré du donateur (§ 1065-1068, 1090). Indépendamment de ces formalités, la donation judiciaire elle-même est révocable pendant trois ans si elle comprend plus de la moitié des biens (§ 1091, *sq.*).

III. La révocation pour causes déterminées a été réglée de la manière suivante (*e*).

Les trois législateurs s'accordent à regarder une grande ingratitude comme un motif de révocation; mais ils diffèrent quant à la nature des actes d'ingratitude. — Le Code autrichien soumet

du donateur. Or il dépend de la volonté du donateur de ne pas acquérir de biens à l'avenir. Toullier, t. V, § 223, 224.

(*e*) C'est à dessein que je parle seulement ici du droit de révocation appartenant au donateur lui-même, et non de celui qui appartient aux créanciers et aux héritiers à réserve. Ces droits ne peuvent être compris que dans leurs rapports avec d'autres institutions.

ce droit de révocation à une prescription de trois ans; mais dans cet intervalle il peut être exercé par les héritiers et contre les héritiers des deux parties (§ 948, 949, 1487). — Le Code prussien n'accorde le droit de révocation aux héritiers du donateur que dans des cas exceptionnels, mais il ne le soumet à aucune prescription particulière (§ 1151-1161). — D'après le Code français, le droit de révocation se prescrit par un an; mais il ne peut être exercé ni par les héritiers du donateur, ni contre les héritiers du donataire (art. 955, 957).

Une nouvelle cause de révocation partielle est l'état de pauvreté du donateur survenu postérieurement. Le donateur peut alors réclamer les intérêts de la valeur par lui donnée : d'après la loi prussienne, 6 pour cent (§ 1123); d'après la loi autrichienne, l'intérêt légal (§ 947), c'est-à-dire 4 pour cent (§ 995). La loi française n'admet pas cette cause de révocation.

Le donateur qui n'avait pas d'enfants à l'époque de la donation, s'il lui en survient, peut, d'après la loi prussienne, faire révoquer la donation, si elle a été faite par simple promesse et sans tradition (§ 1140-1150). — La loi autrichienne n'admet pas cette cause de révocation; mais, quand la pauvreté du donateur vient s'y joindre, ses héritiers ont aussi droit à l'intérêt légal (§ 954). — La loi française n'autorise pas

seulement la révocation, mais dans ce cas spécial elle déclare la donation révoquée *de plein droit*, sans qu'il soit besoin d'aucun acte (art. 960). Cette règle souffre une exception très-naturelle ; quand la donation a eu lieu entre époux qui n'avaient pas d'enfants, la survenance d'enfants n'annule pas la donation de plein droit, mais le donateur conserve son droit général de révocation (art. 1096).

Enfin, le législateur français a seul reproduit (art. 954) la disposition du droit romain qui déclare la donation révocable quand le donataire refuse d'en remplir les conditions. Les deux autres législateurs n'ont pas admis ce principe.

Ces prescriptions des législations modernes, comparées à celles du droit romain, nous offrent donc des analogies et des différences. D'un autre côté, nous y voyons bien peu de traces de ces dispositions si soigneusement élaborées par le droit romain sur la définition de la donation, et la place qu'elle occupe dans les divers actes juridiques. On pourrait donc faire servir ici le droit romain de complément à ces législations, à moins qu'il ne se trouve en contradiction avec une de leurs dispositions formelles. Cela arrive parfois sans que les législateurs aient voulu s'écarter du droit romain, mais parce qu'ils n'ont pas vu ces principes sous leur jour véritable et qu'ils n'en ont pas saisi les rapports. Je vais

essayer de résumer mes observations sur la nature de la donation dans les législations modernes.

Le Code prussien pose comme règle générale que la donation doit être acceptée (§ 1058). Ainsi paraît exclue la donation unilatérale, qui s'opérait en droit romain quand on payait ou que l'on acceptait la dette d'un tiers à son insu. L'exclusion ne paraît pas non plus tenir à un défaut de rédaction, car d'autres textes portent formellement que de semblables actes constituent toujours un droit de répétition à titre de mandat ou de *negotiorum gestio* (*f*). Ainsi le législateur suppose que de pareils actes ne peuvent se faire avec l'intention de donner, ou que cette intention ne doit avoir aucun effet juridique tant qu'elle n'a pas été consignée dans un contrat. — Le droit romain décide que renoncer à acquérir un droit ne constitue pas d'aliénation, et dès lors ne peut valoir comme donation (voy. plus haut, § 145). Le Code prussien, au titre des donations, pose le même principe, bien qu'il semble dire ailleurs le contraire (*g*).

(*f*) A. L. R., I. 14, § 406; I, 16, § 45.

(*g*) A. L. R., I, 1039. « La simple renonciation à un droit *échu, mais non encore recueilli*, n'est pas soumise aux règles établies pour les donations. » D'un autre côté, on lit, I, 16, § 393 : « La renonciation à un droit *échu ou futur*, mais certain, vaut comme donation. » Je donnerais la préférence au premier texte, parce qu'il est plus conforme à l'essence de la dona-

Le Code autrichien ne reconnait d'autres donations que celles résultant d'un contrat ou de la tradition (§ 943). La valeur des actes unilatéraux faits dans le but d'enrichir un tiers offre ici peu d'incertitude, car il est formellement interdit de payer la dette d'un autre sans son consentement (§ 1423). — Renoncer à l'acquisition d'un droit ne constitue pas une donation (§ 939).

D'après le Code français, l'acceptation est une des conditions essentielles de la donation. Il semblerait donc que la donation unilatérale est prohibée comme en Prusse ; néanmoins le Code civil permet, comme le droit romain, d'éteindre la dette d'un tiers à son insu, par le payement ou la novation (art. 1236, 1274). — La doctrine des jurisconsultes va bien au delà de la lettre de la loi. Ils posent en principe que les donations indirectes ne sont pas sujettes à révocation, et

tion, et parce que, étant placé sous la rubrique des donations, les rédacteurs du code devaient avoir plus présent à l'esprit l'ensemble des principes sur la matière. On a essayé de lever la contradiction en disant que le premier texte s'applique aux successions échues, mais non acceptées, ce qui est vrai, et que le second parle de la renonciation à une *obligatio ex die* (Schröter, System des allg. Landrecht, vol. I, p. 43). Mais on ne saurait considérer comme un droit futur une *obligatio ex die*, ni l'opposer à un droit acquis; car une semblable obligation est un droit complétement acquis, malgré la restriction mise à son exercice.

parmi les donations indirectes ils rangent la remise d'une dette (*h*). Ainsi donc ils pensent que, sans tradition ou sans acte notarié, il n'y a pas de donation véritable, et que dès lors la remise d'une dette n'est soumise ni à la forme des actes notariés ni à la révocation. Une semblable doctrine suppose qu'on se contente d'obéir à la lettre de la loi sans s'inquiéter de son esprit. En effet, pourquoi le législateur exige-t-il plus de formalités pour une promesse de donation que pour une donation faite par tradition? Sans doute parce que la promesse verbale, faisant moins d'impression que la présence sensible de l'objet, est plus dangereuse pour la légèreté et la faiblesse de caractère. Or, la remise d'une dette offrant les mêmes dangers qu'une promesse, pourquoi ne pas la soumettre aux mêmes formalités? On comprend plus difficilement encore pourquoi la remise d'une dette ne serait pas sujette à révocation. Celui qui donne une somme d'argent comptant, ou la promet par acte notarié, peut révoquer sa donation dans le cas d'ingratitude, de survenance d'enfants, ou si le donataire est son conjoint. Le créancier d'une pareille somme qui fait gratuitement remise de sa créance a naturellement le même titre au droit de révocation, car la remise d'une dette produit entre les par-

(*h*) Toullier, t. V, § 312. Il s'appuie sur l'autorité de Pothier.

ties précisément les mêmes effets que si l'argent eût passé d'une main dans une autre. J'ajoute que cette distinction arbitraire fournit un moyen très-facile d'éluder la loi : il suffit de prêter et de faire ensuite remise de la dette. — Les donations et les testaments présentent, quant aux conditions, une analogie remarquable. Ainsi, les conditions impossibles ou immorales, insérées dans une donation ou dans un testament, sont réputées non écrites, tandis que dans tout autre contrat l'obligation même serait annulée (§ 124, *k*).

§ CLXXVII. — VI. *Le temps, comme partie intégrante des actes juridiques. — Introduction.*

Dans plusieurs institutions importantes, nous trouvons un rapport de temps comme partie intégrante des faits qui servent de base à une règle générale ; le temps nous apparaît alors comme une des conditions d'où dépendent l'acquisition ou la perte d'un droit. Quelle que soit la diversité de ces institutions, quelle que soit la différence des influences que le temps exerce sur elles, le temps a pour toutes la même signification et est soumis à une application uniforme. C'est cet élément commun qui fait l'objet de la présente recherche.

Je vais d'abord énumérer toutes les institutions où se révèle l'influence du temps.

Première classe. Elle renferme les cas les plus nombreux et les plus importants. L'existence d'un droit tient à ce que l'activité ou la passivité humaine, c'est-à-dire une action exercée ou soufferte volontairement, a duré une période de temps déterminée. Dans cette classe se rangent :

1) L'ancienne institution de l'usucapion. Ici la propriété s'acquiert par le fait de la possession continué sans interruption pendant un certain temps. A l'usucapion se rattachent comme développements directs le *non usus* des servitudes et leur *longa possessio* établie plus tard (*a*). La langue allemande a un mot (Ersitzung) qui comprend ces diverses institutions. — Au moyen d'une vaine abstraction, des jurisconsultes modernes ont prétendu tirer de l'usucapion un

(*a*) On peut jusqu'à un certain point ranger dans la même classe la liberté qui résulte pour l'esclave d'une possession de la liberté continuée pendant vingt ans avec titre et bonne foi. L. 2, C. de longi temp. præscr. quæ pro lib. (VII, 22). A la vérité, on lit au commencement de ce texte : « præscriptio adversus inquietudinem status eorum prodesse debeat, » ce qui pourrait désigner une simple exception contre la revendication exercée par le maître; mais les mots qui suivent paraissent décisifs : « ut et liberi et cives Romani fiant. » — La place que j'assigne aussi au *non usus* résulte de ma doctrine sur la nature de l'usucapion, doctrine que j'établirai quand je traiterai du droit des choses. D'après la doctrine adoptée généralement, il faudrait ranger le *non usus* parmi les cas du Num. 3.

moyen général d'acquérir, sous le nom de *præscriptio acquisitiva*. J'en reparlerai plus bas.

2) La prescription des actions, c'est-à-dire la perte d'une action par le silence non interrompu de celui qui avait droit de l'exercer. Cette espèce de prescription fut pendant longtemps inconnue ; on l'admit d'abord dans certains cas exceptionnels, dont le nombre fut successivement augmenté. Ainsi les actions prétoriennes se prescrivaient ordinairement par un an (*b*). Enfin, la prescription fut étendue comme principe général et absolu à toutes les actions sans exception, et elle est ainsi devenue une des institutions les plus larges et les plus importantes. — Ici encore des jurisconsultes modernes, en vertu d'une abstraction arbitraire, ont fait de cette institution spéciale aux actions un moyen général d'éteindre les droits, sous le nom de *præscriptio extinctiva*.

3) Un certain nombre de cas isolés, que l'on ne saurait réunir sous une même dénomination. Ils ont cela de commun avec la prescription des actions que le silence de l'ayant droit, continué pendant un temps déterminé, entraîne la

(*b*) Il est moins souvent question d'une *temporis præscriptio* ou *exceptio* pour la prescription d'un an que pour les prescriptions plus longues ; néanmoins on trouve aussi l'expression de *annua exceptio*. L. 30, § 5, de peculio (XV, 1); L. 15, § 5, quod vi (XLIII, 24).

perte de son droit ; ce qui a conduit les jurisconsultes modernes à les identifier avec la prescription ; et l'abstraction signalée tout à l'heure d'une prescription *extinctiva* trouvait ainsi une application importante, mais fausse et mensongère. Voici ces cas isolés :

L'ancienne prescription des *legitima judicia*, un an et demi après le commencement du procès (*c*).

La restitution, qui d'abord ne put être demandée que pendant un an, ensuite pendant quatre ans. Autrefois, elle différait entièrement de la prescription des actions. Quand je traiterai de la restitution, on verra comment s'est opérée dans le droit moderne la fusion de ces deux institutions.

Les délais de procédure fixés par la loi. A) D'après la loi des XII Tables, les trente jours du *judicatus*, à l'expiration desquels commençait l'exécution forcée (*d*). B) Les quatre mois depuis le jugement, après lesquels commencent dans le droit nouveau les intérêts judiciaires (*e*). C) Les

(*c*) Gaius, IV, § 104.

(*d*) Il était toujours permis de prolonger ce délai. L. 31 ; L. 7, de re jud. (XLII, 1). Pour les *extraordinaria judicia*, il n'y avait d'autre délai que celui fixé par le juge. L. 2, eod.

(*e*) L. 2 ; L. 3, pr. C. de us. rei jud. (VII, 51) ; L. 13, C. de usuris (IV, 32). Autrefois le délai était de deux mois. L. 3, § 1, C. cit. ; L. un., C. Th., de usur. rei jud. (IV, 19). Peut-être a-t-on formé ce délai de deux mois en ajoutant aux 30

délais de l'appel de dix jours. D) Les trois jours pendant lesquels un plaideur peut rectifier l'erreur de son avocat (*f*).

Le délai pour demander la *bonorum possessio*, qui est, suivant les différents cas, d'un an ou de cent jours.

La prescription de l'*exceptio non numeratæ pecuniæ* (*g*).

Le délai de deux ans, après lequel finissait, dans l'ancien droit, l'obligation du *sponsor* ou *fidepromissor* (*h*).

Les cinquante jours pour se faire dispenser d'une tutelle (*i*).

L'inventaire que l'héritier doit, suivant les cas, avoir terminé dans le délai de trois ou de douze mois (*k*).

Les soixante jours pendant lesquels un acheteur peut exciper du *pactum displicentiæ* (*l*).

Les deux années qui suivent la dénonciation,

jours des XII Tables les 30 jours suivants de la *præscriptio*. Gaius, IV, § 78, 79.

(*f*) L. 3, C. de error. advoc. (II, 10).

(*g*) Soumise, comme on sait, à des délais très-différents. On peut lui comparer, comme prescription d'une exception, la prescription de 15 jours établie par le droit canon pour l'*exceptio spolii*.

(*h*) Gaius, III, § 121.

(*i*) § 16, J. de excus. (I, 25).

(*k*) L. 22, § 2, 3, C. de j. delib. (VI, 30).

(*l*) L. 31, § 22, de ædil. ed. (XXI, 1).

pendant lesquelles un débiteur peut empêcher la vente du gage qu'il a donné; les deux années qui suivent l'adjudication du gage au créancier, pendant lesquelles le débiteur peut racheter son gage. Enfin, certains cas où la perte du droit a le caractère d'une peine.

Ainsi le copropriétaire d'une maison que l'on bâtit perd son droit de copropriété si, pendant quatre mois, il n'a pas contribué aux frais de construction (*m*).

Perte de l'emphytéose, de la location ou du fermage, faute de payement du loyer pendant un temps déterminé (*n*).

L'héritier qui n'accomplit pas les volontés du défunt perd ses droits successifs (*o*).

La mère héritière, qui néglige pendant toute une année de faire nommer un tuteur à ses enfants, perd ses droits successifs (*p*).

Seconde classe. Acquisition ou perte d'un droit

(*m*) L. 52, § 10, pro soc. (XVII, 2); L. 4, C. de ædif. priv. (VIII, 10).

(*n*) L. 2, C. de j. emph. (IV, 66). — L. 54, § 1; L. 56, locati (XIX, 2).

(*o*) Nov. 1, C. 4.

(*p*) L. 2, § 43, ad Sc. Tertull. (XXXVIII, 17). Cette règle subsista tant que la mère eut besoin, pour recueillir la succession des agnats, d'invoquer le *jus singulare* établi par le sénatus-consulte; ensuite elle hérita d'après le droit commun comme tout autre ascendant, par conséquent sans aucune restriction.

par la durée non interrompue, pendant un temps déterminé, d'un état indépendant de la volonté humaine.

Dans cette classe se rangent les différents âges qui, une fois atteints, confèrent à l'homme certains droits, tels que la capacité d'agir, ou les lui enlèvent, tels que la faculté d'obtenir la restitution.

Les dix-huit années de différence qui doivent nécessairement exister entre l'âge de l'adoptant et celui de l'adopté.

La restitution de plusieurs parties de la dot, qui ne peut se faire qu'après un certain temps écoulé depuis la dissolution du mariage (*q*).

Troisième classe. Association d'un droit à un rapport de temps individuel, et où il n'est plus question de l'écoulement d'une période entière se rattachant à un fait de l'homme ou à une circonstance accidentelle.

A cette classe appartient la double estimation des dommages, autorisée par l'*actio legis Aquiliæ ;* car le demandeur peut choisir dans le dernier mois, quelquefois dans la dernière année, le moment qui doit fournir l'estimation des domages la plus élevée.

(*q*) Suivant l'ancien droit, *annua, bima, trima die*, pour les choses fongibles ; suivant le droit nouveau, après une année pour la totalité de la dot, excepté les immeubles dotaux, qui doivent être remis immédiatement.

La présomption de paternité, attachée à ce fait que, dans un temps déterminé, avant la naissance de l'enfant, mais non pendant toute la durée de ce temps, la mère a vécu dans le mariage.

Enfin les cas suivants, que l'on range ordinairement, mais à tort, parmi les prescriptions d'actions. L'interdit *de itinere* dépend de cette circonstance que, dans le cours de la dernière année, le demandeur a fait usage du chemin au moins pendant trente jours (*r*); l'interdit *de aqua* dépend aussi de l'usage de l'eau pendant la dernière année (*s*); l'ancien interdit *utrubi* s'accordait quand, dans le cours de la dernière année, le demandeur avait possédé la chose plus longtemps que son adversaire (*t*). Il n'y a pas ici de prescription d'actions, puisqu'il n'y a pas d'action perdue faute d'avoir été exercée, ce qui est la base de cette espèce de prescription; la règle signifie, au contraire, que, hors des rapports de temps qu'elle détermine, il n'y a point de possession véritable méritant la protection des interdits.

(*r*) L. 1, § 2, 9, de itin (XLIII, 19).

(*s*) L. 1, § 4, 31, 34, de aqua (XLIII, 20).

(*t*) L. 1, pr. de utrubi (XLIII, 31); Gaius, IV, § 150-152. On sait que dans le dernier état du droit cette règle est abolie, et qu'il n'y a plus que la prescription pure, comme pour l'interdit *uti possidetis*.

Les différents cas compris dans ces trois classes ont cela de commun qu'une règle générale de droit attache l'existence d'un droit à un rapport de temps. Mais, indépendamment d'aucune règle générale, une volonté individuelle peut produire des effets semblables. Ces effets peuvent résulter d'une décision judiciaire qui fixe un délai de procédure non réglé par la loi ; des *moratoria* émanés d'un souverain, ou de la volonté des parties exprimées dans un contrat ou dans un testament (*u*). Ces cas diffèrent essentiellement de ceux énuméré plus haut ; ils ont néanmoins un point de ressemblance : pour les uns comme pour les autres, le rapport de temps doit être rigoureusement déterminé (*v*).

On voit, d'après ce résumé sommaire, que les cas formant la première classe sont de beaucoup les plus importants ; je vais en faire l'objet de quelques considérations générales. D'abord on peut se demander pourquoi on a attaché l'acquisition ou la perte d'un droit à une activité ou à une inaction non interrompue ? Les dispositions de ce genre ont été motivées en général par le besoin de fixer d'une manière certaine l'existence

(*u*) J'ai déjà parlé de ces derniers cas, § 125-127.

(*v*) Des auteurs modernes ont imposé à ces trois derniers cas la dénomination peu heureuse de *præscriptio judicialis, testamentaria, conventionalis*, afin de les comprendre sous l'idée générale de prescription.

des rapports de droit, et notamment l'étendue des biens de chacun; il fallait donc renfermer dans le plus court délai possible les incertitudes inévitables en pareille matière. Tel est le véritable but de l'usucapion, de la prescription des actions, des délais de procédure et de toutes les règles relatives aux cas de la première classe. Voilà ce que l'on peut appeler le côté positif du sujet. Il a aussi un côté négatif, représenté ordinairement comme punition de la négligence. D'après cette expression, on pourrait croire que l'inaction est ici chose injuste et digne de punition, tout au moins une cause de préjudice à laquelle il faille opposer des moyens artificiels. Dans la réalité il n'en est pas ainsi, et ce côté positif du sujet est seulement une réponse à cette objection que, pour atteindre un but désirable, on lèse arbitrairement ceux qui supportent une perte malgré eux. En effet, si l'usucapion règle définitivement la propriété, si la prescription des actions prévient tout procès pour l'avenir, un propriétaire antérieur peut se trouver dépouillé de sa propriété, ou un créancier de son action. A cela on répond que l'ayant droit était libre d'agir pour écarter ce préjudice, et qu'ainsi il ne doit l'imputer qu'à lui-même; voilà ce que résume cette expression, punition de la négligence. Sans doute il y a là un moyen de contrainte indirecte pour obliger l'ayant droit à

agir, mais c'est un sacrifice que chacun fait à l'utilité publique.

A ces motifs s'en ajoute un autre très-différent et d'une grande importance pratique, bien que d'une application plus restreinte. Dans beaucoup de cas, non dans tous, l'usucapion n'opère pas un changement de propriété, mais elle sanctionne un changement déjà ancien, et dont la preuve n'existe plus. De même, la prescription des actions ne dépouille pas toujours un créancier de son droit; mais souvent la dette était depuis longtemps éteinte, et l'action avec elle; la prescription ne fait alors que suppléer à un défaut de preuve. Dans ces limites, on peut représenter l'usucapion comme une propriété présomptive, la prescription comme un payement présomptif d'une dette. Ce point de vue est vrai et important; mais il ne faudrait pas lui donner trop d'extension, car dans beaucoup de cas il cesserait d'être vrai, à cause des circonstances particulières ou de la nature générale de l'action. Cette présomption n'est applicable qu'à l'usucapion et à la prescription des actions; ainsi, vouloir l'étendre aux délais de la *bonorum possessio* et de la restitution, ou aux délais de procédure, serait une tentative stérile et que rien ne justifierait.

Enfin plusieurs auteurs ont cru que l'abandon servait de base aux règles de la première

classe (w). Il faudrait alors supposer que celui qui est dépouillé de son droit l'a abandonné volontairement. Dans la plupart des cas, la supposition d'une volonté semblable est aussi arbitraire que dénuée de fondement, surtout quand il s'agit de la propriété à laquelle seule le mot abandon (dans le sens de *derelictum*) s'applique rigoureusement. Dans les cas rares où cette supposition est réellement admissible, elle peut se ramener au principe général de la présomption d'acquisition ou de libération, car elle contient une espèce de renonciation qui, en soi-même, et indépendamment d'aucun délai, pourrait éteindre le droit. Il vaut donc mieux écarter tout à fait l'idée d'abandon, d'autant plus que ce serait étendre mal à propos la signification d'une expression technique.

Des considérations générales qui précèdent il ressort que, dans tous les cas de ce genre, une fixation de temps est indispensable, et que ce besoin ne peut être satisfait que par des règles de droit toutes positives. En établissant ces règles positives, il est deux choses que le législateur ne doit jamais perdre de vue : d'abord

(w) Grotius, II, 4, § 7, 9, avait déjà posé la *derelictio* comme base de la prescription, mais seulement de la prescription immémoriale, et seulement entre États souverains. Hegel, § 64, représente la *derelictio* comme base de la prescription en général.

éviter les extrêmes, c'est-à-dire ne fixer des délais ni trop longs, ni trop courts, et l'on comprend qu'il existe une latitude assez grande pour l'établissement de chaque règle ; faire ensuite des dispositions très-simples et très-claires, dès lors aisément accessibles à ceux qui, n'étant pas jurisconsultes, doivent y conformer leurs actes.

§ CLXXVII. — VI. *Le temps. Introduction.* (Suite.)

Sur l'importante matière dont j'ai présenté le résumé dans le paragraphe précédent, les jurisconsultes modernes ont élevé une théorie arbitraire dont les dangers ne peuvent être signalés que par une critique attentive et approfondie.

J'ai déjà montré combien une abstraction arbitraire pouvait aisément transformer l'usucapion et la prescription des actions en deux principes généraux, relatifs, l'un à l'acquisition, l'autre à la perte des droits, et ayant pour conditions, le premier un exercice continu, le second un défaut d'exercice sans interruption. Ce dernier principe reçut une large application, car tous les cas rangés plus haut dans la première classe venaient s'y rattacher immédiatement. Mais il n'y avait qu'un pas à faire pour regarder les deux principes comme deux espèces d'un seul et même genre. En effet, si l'usucapion at-

tribue la propriété à un nouveau maître, elle dépouille l'ancien propriétaire (*a*). Envisagée sous cet aspect, l'usucapion a la même nature que la prescription des actions, et seulement une efficacité plus grande; car, à côté du droit perdu faute d'exercice, nous voyons un droit acquis en vertu de certains actes.

Tel est l'enchaînement d'idées que les jurisconsultes ont coutume d'exprimer de la manière suivante. Le temps opère dans le droit un changement lorsque, pendant un certain délai, le titulaire n'a pas usé de son droit; ce changement s'appelle *præscriptio,* prescription. Ce changement est de deux espèces, selon que le droit est simplement perdu faute d'exercice, ou acquis par une autre personne. La première espèce s'appelle *præscriptio extinctiva,* la seconde *præscriptio adquisitiva;* et l'usucapion n'étant qu'une espèce de *præscriptio,* on la désigne très-naturellement par ces mots : « *rei* præscriptio, *rem* « præscribere » (*b*). Cette doctrine est aussi étran-

(*a*) Pour le droit nouveau, où l'usucapion repose uniquement sur la *b. f. possessio,* cela est vrai en général, mais nullement pour l'ancien droit. Quand, au moyen de l'usucapion, un acquéreur transformait le *in bonis* en *ex jure Quiritium,* il ne se trouvait pas en présence d'un propriétaire antérieur, perdant par sa négligence une propriété que sa vigilance aurait pu conserver, car il n'existait aucune action pour garantir le *nudum jus Quiritium* contre les suites de l'usucapion.

(*b*) Rave, de præscriptionibus, § 1, 5; Höpfner, § 393;

gère au droit romain que les mots techniques dont on se sert pour la formuler; et si le droit canon en renferme le germe, c'est un germe bien éloigné de son développement. Mais, avant de mettre ces différents points dans tout leur jour, il faut signaler les conséquences importantes qui dérivent de cette fausse théorie.

D'abord tous les cas rangés plus haut dans la première classe sont soumis aux mêmes règles de droit, celles établies pour la *præscriptio*, puisque tous ces cas appartiennent à la *præscriptio*. Tant que l'on se borne à identifier ainsi dans la pratique l'usucapion et la prescription des actions, l'erreur est peu sensible, car le développement historique et pratique de ces deux institutions offre beaucoup d'analogie. Mais si l'on ne veut pas tomber dans une inconséquence évidente, il faut également soumettre aux règles de la *præscriptio* les délais de procédure, ceux de la *bonorum possessio*, etc., et alors la chose devient beaucoup plus grave.

Une seconde conséquence plus dangereuse de ce principe, c'est que, vu sa généralité, il embrasse tous les cas possibles d'exercice ou de non exercice d'un droit, et ainsi des cas où le droit positif n'attribue au temps aucune in-

Thibaut, Pandekten, § 1002, 1003; Mühlenbruch, § 122, 123. — Ils adoptent tous la même doctrine, sauf quelques différences dans les termes.

fluence. Mais ce principe est susceptible d'une double interprétation. On peut lui attribuer un caractère purement hypothétique et un contenu indéterminé, sous lequel viendraient se placer les règles du droit positif; on peut aussi lui reconnaître une autorité péremptoire et absolue, ce qui se traduirait par l'axiome suivant : tous les droits, en général, sont susceptibles de s'acquérir par l'usage et de se perdre par le non usage. Cette seconde interprétation a seule évidemment pour la pratique le danger que j'ai signalé. La plupart des auteurs ne paraissent pas s'être bien rendu compte de cette double acception du principe; du moins ils ne disent pas clairement quelle est celle adoptée par eux; mais ce reproche ne s'adresse pas à Thibaut, qui déclare en termes formels adopter la première interprétation (*c*). — Les exemples suivants feront mieux ressortir ce point, qui n'est pas sans importance. On ne trouve dans le droit romain aucune trace d'un droit de gage fondé sur l'usucapion, et jamais le besoin ne s'en est fait sentir; néanmoins, le principe que je combats embrasserait dans sa généralité le droit de gage, et cette doctrine a trouvé plus d'un partisan (*d*). — De même, il n'y a jamais eu lieu de fonder

(*c*) Thibaut, passim, et dans son ouvrage über Besitz und Verjährung, p. 63 sq.

(*d*) Glück, vol. XVIII, p. 195.

les obligations sur l'usucapion; ce serait néanmoins la conséquence de ce principe abstrait; aussi le Code prussien, empruntant aux auteurs qui ont écrit sur le droit commun l'idée absolue de prescription (*e*), admet qu'une créance peut se former si, pendant trente ans, un prétendu créancier a reçu les intérêts d'une créance qui n'a jamais existé (*f*).

L'origine, et surtout la confirmati n de cette fausse doctrine, se rattache aux expressions techniques, dépourvues d'authenticité, introduites en cette matière, et qu'il s'agit maintenant d'examiner. En effet, *præscriptio* devrait signifier l'acquisition ou la perte d'un droit résultant de l'expiration d'un délai. Mais, dans les sources du droit, le mot *præscriptio* ne signifie jamais acquisition ou perte, toujours il a le sens d'*exceptio,* exception : expression que l'on pourrait lui substituer partout sans altérer le sens d'aucun texte (*g*). Sans doute il y a des exceptions fondées sur le non exercice d'une action; et ainsi *præscriptio* peut également désigner l'exception résultant de la prescription d'une action; mais alors ce mot, comme le mot *exceptio*, ne s'em-

(*e*) A. L. R., I, 9, § 500-502.

(*f*) A. L. R., I, 11, § 839.

(*g*) Cela est rigoureusement vrai pour les sources du droit justinien. Gaius, IV, § 130-137, nous apprend l'origine de cette locution et explique l'ancien état de choses.

ploie jamais seul : il a toujours un complément qui indique le rapport spécial de temps, par exemple : *temporis, temporalis, triginta annorum præscriptio*, etc., et toujours on peut lui substituer comme synonyme *exceptio*. Les textes de droit romain, que récemment encore on a cités pour établir une phraséologie différente, n'ont pas le sens qu'on leur attribue (*h*). Seulement il faut reconnaître que, dans une constitution de Justinien, l'expression *temporalis exceptio* a une acception tellement large qu'elle comprend aussi l'usucapion (*i*). Mais d'abord cela ne se rattache pas à l'emploi du mot *præscriptio* sans addition ; ensuite un texte isolé ne prouve pas le changement total d'une phraséologie établie, constante et générale. Ce texte s'explique par l'assimilation

(*h*) Ainsi, par exemple, on lit dans la L. 2, C. ne de statu (VII, 21) : « Si... ante quinque annos... decessit, *præscriptioni locus erit;* » ce qui signifie : il y a lieu à une exception. Sans doute cette exception n'est autre que celle résultant de la prescription de l'action ; mais cela résulte de ce qui précède, non du mot *præscriptio*. Il faut en dire autant de la L. 7, C. eod. ; L. 1, § 4, D. eod. (XL, 15) ; L. 1, in f. C. de bonis maternis (VI, 60).

(*i*) L. 30, C. de j. dot. (V, 12). « Omnis autem temporalis exceptio, *sive per usucapionem inducta*, sive per X vel XX annorum curricula.., sit introducta... » Ce défaut d'exactitude dans les termes tient à ce que, depuis l'abolition de l'*ordo judiciorum*, on n'avait plus le même intérêt à distinguer l'exception proprement dite de tout autre moyen de défense. C'est ainsi encore que s'expliquent les expressions peu précises d'un texte déjà cité (§ 177, *a*), la L. 2, C. de l. t. pr. quæ pro lib. (VII, 22).

toujours croissante que le droit nouveau établit entre l'usucapion et la prescription des actions. La question de savoir jusqu'à quel point la fusion s'est réellement opérée fera l'objet d'une recherche spéciale, qui trouvera place dans la partie du traité consacrée à l'usucapion.

Le principe de la phraséologie vicieuse que je combats se trouve déjà chez les glossateurs du douzième siècle (*k*), d'où il a passé dans le droit canon; mais là on se borne à représenter l'usucapion et la prescription des actions comme deux espèces d'un même genre. Déjà au seizième siècle l'erreur avait été savamment réfutée (*l*); mais cette saine critique n'a pas porté de fruits, car elle a précédé la création de cette généralité plus haute dont j'ai signalé le danger, et que ses auteurs prenaient pour un progrès de la science.

Si l'on examine sans préventions ces faits, qui ne sont pas douteux, on se convaincra que le meilleur parti à prendre est de rétablir dans sa

(*k*) Placentinus, Summa Cod., tit. de præscr. longi temporis : « Prescriptio est exceptio *ex tempore causam trahens;* » et plus loin, dans le même titre : « præscribitur *res* immobilis, non mobilis. » Dans la Summa sur ce titre, Azon donne la même définition que Placentinus, mais sans le citer.

(*l*) Muretus, Comm. in Inst. ad rubr. tit. de usuc. — Donellus, lib. V, C. 4, § 14. — Cujacius, paratit. Dig. XLIV, 1, paratit. C. VIII, 35, procem. opusc. de diversis temp. præscr. Mais ailleurs il se montre moins exact. Notæ ad Inst., pr. J. de usucap.

pureté le langage des sources du droit romain, et d'abandonner l'idée générale de prescription qui réunit artificiellement deux institutions très-différentes. Sans doute elles ont entre elles plusieurs points de contact, et souvent l'on peut être obligé d'appliquer à l'une une règle établie pour l'autre. Cela peut se faire par voie d'analogie, mais non en identifiant dans un même genre ces deux institutions. Voici la différence importante que présentent ces deux méthodes : quand on procède par voie d'analogie, il faut soumettre chaque cas particulier à la vérification d'un examen critique ; on coupe court à tout embarras quand on identifie les deux institutions, mais c'est abandonner au hasard la vérité des résultats.

Peut-être voudra-t-on justifier la doctrine des auteurs modernes en disant que le droit canon a élargi le point de vue trop restreint du droit romain, et qu'ainsi cette doctrine a pour base le droit positif. Mais cette apologie doit être rejetée pour deux motifs. D'abord, le droit canon, comme on l'a vu plus haut, n'a jamais adopté le principe abstrait de la prescription tel qu'il existe dans les auteurs modernes avec son extension dangereuse; ensuite les auteurs des Décrétales étaient loin de vouloir créer une théorie nouvelle. Ils reproduisaient fidèlement ce qu'ils avaient appris des jurisconsultes leurs maîtres; et quand nous nous voyons obligés de rectifier

les doctrines de ces derniers, la rectification, tant qu'elle ne sort pas des bornes de la théorie, doit s'étendre aux Décrétales elles-mêmes; mais nous devons reconnaître l'autorité des nouvelles règles pratiques qu'elles établissent. Une semblable direction est certainement conforme à l'esprit des Décrétales. — On a essayé récemment de sauver par une sorte de transaction le principe général de la prescription; au moyen de restrictions arbitraires, on a exclu un certain nombre d'institutions, et on a maintenu les autres (*m*). Cette tentative, sans parler de ce que son application a de forcé, doit être rejetée à cause de la nature même de l'idée qui l'a inspirée; en effet, c'est une demi-mesure qui diminue la somme de l'erreur sans en détruire le principe.

Sous l'influence de la fausse doctrine que je

(*m*) Unterholzner, Verjährungslehre, § 1, définit ainsi la prescription : un changement dans le droit qui résulte principalement d'un usage ou d'un non usage continué pendant un certain temps. Unterholzner veut ainsi exclure les effets de la violation du droit, parmi lesquels il faut ranger comme *contumacia* l'inobservation des délais fixés par le juge, puis l'expiration du délai accordé pour interjeter appel; car ce délai expiré ne fait que lever un obstacle mis à l'efficacité de la sentence, et ainsi le changement dans le droit résulte de la sentence, non de l'expiration du délai. — On voit combien cette définition, sans parler de ce qu'elle a d'arbitraire, est peu propre à nous éclairer sur la nature véritable de l'institution.

viens de combattre, il s'est formé néanmoins une institution dont la réalité ne saurait être méconnue, car la pratique des tribunaux en fait depuis longtemps l'application : je veux parler du temps immémorial. L'existence de cette institution repose donc sur une coutume générale, ce qui ne nous empêche pas d'avoir recours à une critique scientifique pour en déterminer les conditions et les limites. Cette institution rentre nécessairement, à cause de son extension, dans la partie générale du traité; aussi terminerai-je par là ce que j'ai à dire sur le temps.

§ CLXXIX. — VI. *Le temps.* 1. *Le calendrier.*

L'application des diverses institutions énumérées dans le § 177 repose sur l'appréciation des délais fixés par les règles du droit, ce qui exige une mesure sûre et uniforme. Cette mesure, nous l'empruntons au système chronologique qui règle tous les rapports de la vie, système fondé sur des lois astronomiques dont l'exposé rappelle le calendrier. Quand donc il s'agit de juger un rapport de droit subordonné à l'expiration d'un délai, nous prenons comme terme de comparaison les divisions du temps établies d'une manière invariable par le calendrier. Mais comme les limites des délais qui entrent dans les rap-

ports de droit sont déterminées tantôt par des actes libres, tantôt par des événements naturels, il est bien rare qu'elles se trouvent concorder avec les divisions du temps établies d'une manière invariable par le calendrier. Il fallait donc, dans chaque cas particulier, une réduction artificielle, afin de ramener aux divisions du calendrier le délai dont le point de départ est accidentel. Pour cette réduction, le droit positif a d'abord des règles générales, puis des règlements exceptionnels relatifs à des cas spéciaux. J'appelle les divisions du temps marquées par le calendrier le *temps du calendrier* (année du calendrier, jour du calendrier, etc.); j'appelle les espaces de temps déterminés par les divers rapports de droit le *temps mobile* (année mobile, jour, etc. (*a*)). Ainsi donc, le sujet qui nous occupe embrasse les matières suivantes :

1) Le calendrier.

2) Réduction normale du temps mobile au temps du calendrier.

(*a*) Quelques auteurs modernes opposent au jour du calendrier *le jour du temps* (Zeittag); cette dénomination me paraît peu heureuse, car elle convient aussi bien au jour du calendrier. Celle que j'adopte me paraît la plus claire. On pourrait encore, pour exprimer cette opposition, employer la dénomination de temps fixe et temps arbitraire. — Les astronomes appellent année *mobile* celle composée précisément de 365 jours sans intercalation, parce qu'elle traverse toutes les saisons dans un temps certain. Ideler, I, 67, 68.

3) Computation civile. }
4) *Utile tempus.* } Réduction anomale.
5) Jour intercalaire. }
6) Temps immémorial (§ 178).

I. Le calendrier.

L. Ideler, Handbuch der mathematischen und technischen Chronologie, 2 vol.; Berlin, 1825-1826, in-8°.

Deux motifs indépendants l'un de l'autre nous obligent à prendre comme point de départ l'histoire du calendrier romain : d'abord parce que sa connaissance est indispensable pour l'intelligence des sources du droit; ensuite parce que notre calendrier actuel est en réalité le calendrier romain, sauf une modification qui, dans le cours de son application aux rapports de la vie, ne se fait nullement sentir.

D'après le plus ancien calendrier romain, l'année se composait de 10 mois ou de 304 jours : c'est ce que l'on appelle l'année de Romulus. Nous n'avons pas à nous occuper des difficultés que présente cette recherche, car il n'existe dans les sources du droit Justinien aucune trace de l'année de Romulus.

L'année dont on attribue l'origine au roi Numa, et qui a été suivie jusqu'au temps de César, se composait de 12 mois équivalant à 355 jours. Tous les deux ans on intercalait un mois entier appelé *Mercedonius,* qui avait tantôt 22, tantôt

23 jours. L'intercalation se faisait après le jour que nous désignons comme le 23 février, jour de la fête des *Terminalia*, et elle précédait ainsi le 24 février, jour où on célébrait la fête du *Regifugium*. On retranchait donc cinq jours du mois de février, qui, dans l'année de l'intercalation, se trouvait réduit à 23. Ces jours étaient regardés comme la continuation de *Mercedonius*, qui dès lors avait tantôt 27, tantôt 28 jours. Cette distribution donnait à l'année une durée moyenne de 366 jours $\frac{1}{4}$; et comme elle excédait celle de l'année astronomique, après un intervalle de 24 ans on retranchait en une seule fois 24 jours de l'année courante, ce qui réduisait l'année à une durée moyenne de 365 jours $\frac{1}{4}$ (*b*). — L'année ainsi réglée était d'un usage incommode, et de plus sujette à de fréquentes perturbations, par suite de l'incurie des pontifes chargés de surveiller le calendrier, soit à cause de l'esprit de parti; car, les magistratures étant annuelles, on pouvait, en prolongeant l'année, prolonger l'autorité des consuls que l'on voulait favoriser. Le désordre devint si grand que les saisons tombè-

(*b*) Ideler, I, 67; II, 31, 56, 59. — Les principaux passages des auteurs de l'antiquité sont Censorinus, de die natali, C. 20, et Macrobius, Saturnal., I, 13. — J'expliquerai plus bas (§ 192) la L. 98, § 1, 2, de V. S. (L, 16) relative au mois intercalaire.

rent dans d'autres mois que ceux qui leur avaient été destinés.

Cela détermina César à faire subir au calendrier une réforme radicale, qui, encore aujourd'hui, sert de base aux calendriers de tous les peuples chrétiens (*c*). La réforme fut préparée en l'an 708, qui servit à absorber les aberrations successivement accumulées, et auquel on donna 445 jours divisés en 15 mois. L'introduction du nouveau calendrier commença en 709, l'année qui précéda la mort de César.

Le réformateur du calendrier avait supposé que l'année astronomique se composait exactement de 365 jours et 6 heures. En conséquence, César décréta que l'année du calendrier aurait 365 jours, et que pour chaque période de quatre ans il y aurait un jour intercalaire destiné à absorber les 6 heures dont je viens de parler. L'intercalation dut se faire, comme autrefois celle d'un mois entier, entre les *Terminalia* et le *Regifugium*. L'année ainsi réglée fut partagée en douze mois d'une longueur inégale (*d*).

Mais ce calcul renfermait une erreur essen-

(*c*) On sait que, pendant la révolution française, on fit un calendrier tout nouveau, et que quelques années plus tard Napoléon rétablit l'ancien.

(*d*) Voir pour les détails Ideler, II, 118, sq. Les principaux textes sont Censorinus, C. 20, et Macrobius, Saturn., I, 14.

tielle relative à l'excédant de durée de l'année astronomique. Cet excédant, que l'on croyait de 6 heures, n'est en réalité que de 5 heures 48 minutes 48 secondes. Cette erreur annuelle de 11 minutes 12 secondes faisait que le jour intercalaire revenait trop souvent, et au seizième siècle l'accumulation de ces erreurs formait déjà dix jours entiers (*e*).

La fixation de la fête de Pâques fournit au pape Grégoire XIII l'occasion de vérifier et de rectifier le calendrier Julien (*f*). L'année fut évaluée à 365 jours 5 heures 49 minutes 12 secondes; les dix jours accumulés depuis César furent rayés du calendrier, et, pour prévenir le retour d'un semblable mécompte, il fut décidé que tous les 400 ans on passerait trois intercalations, c'est-à-dire trois intercalations sur cent (*g*). Cette ré-

(*e*) Ideler, I, 35, 66, 67.

(*f*) Ideler, I, 74; II, 301-303, 322-325. Aloysius Lilius était à la tête de l'entreprise. — La fête de Pâques, dont la fixation est étrangère au système chronologique, tombe au plus tôt le 22 mars, au plus tard le 25 avril, et varie ainsi de l'intervalle placé entre ces deux limites. Ideler, II, 199, 317.

(*g*) Les années séculaires 1600, 2000, 2400, etc., devaient demeurer bissextiles; les trois années séculaires intermédiaires, telles que 1700, 1800, 1900, et 2100, 2200, 2300, etc., bissextiles d'après le calendrier Julien, devaient cesser de l'être. — Néanmoins l'année avait toujours 24 secondes de trop; mais cette augmentation est si minime qu'il faut 3600 ans pour qu'elle forme un jour entier. Pour l'exactitude rigoureuse, il aurait fallu en neuf siècles retrancher sept jours intercalaires, au

forme du calendrier, ordonnée en 1581, et appliquée à Rome, et en France en 1582, fut adoptée, dans le cours des dix années suivantes, par l'empereur, les États catholiques de l'Allemagne, la Suisse et les Pays-Bas; de même en Italie, en Espagne et en Hongrie. D'un autre côté, les pays appartenant à la religion protestante ou à la religion grecque refusèrent pendant longtemps de se soumettre à une réforme émanant du pape. Elle fut enfin reconnue en 1700 et 1701 par les États protestants de l'Allemagne, de la Suisse et des Pays-Bas, par le Danemark et par l'Angleterre en 1752, et par la Suède en 1753. Les Russes et les autres peuples de la religion grecque ont conservé le calendrier Julien sans modifications. Voilà ce qui constitue la différence de l'ancien et du nouveau style, ou du calendrier Julien et du calendrier Grégorien, et l'on voit par cet exposé que la différence doit s'accroître presque à chaque siècle (*h*). Il importe néanmoins de bien déterminer en quoi elle consiste. C'est uniquement dans le retour plus ou moins fré-

lieu de trois en quatre siècles. (L'exactitude de ces calculs est confirmée par une lettre que m'a adressée Ideler.)

(*h*) Sur l'histoire de la réforme du calendrier, voyez les passages d'Ideler cités note *f*. — Si les Russes s'en tiennent constamment au calendrier Julien, vers l'année 24000 ils feront la moisson au mois de janvier, et ils iront en traîneau au mois de juillet.

quent des intercalations; du reste, il n'y eut rien de changé. Ainsi donc, l'ancien calendrier Julien a été maintenu même dans ses dispositions tout à fait arbitraires. J'aurai plus bas occasion de faire une application pratique de cette remarque.

§CLXXX. — VI. *Le temps.* 1. *Le calendrier.* (Suite.)

Je passe à l'examen des parties essentielles de notre calendrier; ce sont le jour, le mois et l'année.

Le jour est l'espace de temps que met la terre à tourner complétement sur son axe; il varie selon les saisons, car en février et en novembre il s'éloigne de plus de 15 minutes de la durée moyenne en plus ou en moins, de sorte que la plus grande différence entre la durée de deux jours solaires dépasse 30 minutes (*a*). — Le commencement du jour est en soi arbitraire, aussi n'est-il pas le même chez les différents peuples. Les Romains l'avaient placé à minuit, et nous avons conservé cette délimitation, qui est en soi-même la plus incommode de toutes, car elle ne concorde avec aucune observation directe du

(*a*) Ideler, I, 36-38. C'est ce qui fait la différence entre le temps vrai et le temps moyen.

ciel. Le jour a deux divisions naturelles, dont la durée est le plus souvent inégale et varie constamment : le jour, c'est-à-dire le temps pendant lequel le soleil est sur l'horizon (*lux, dies naturalis*), et la nuit (*nox*). L'intervalle entier de minuit à minuit s'appelle *dies civilis* (*b*).

L'année se compose exactement de 365 jours, puisque l'on néglige l'excédant de quelques heures pour en former plus tard un jour intercalaire. L'année est, comme le jour, une division du temps fondée sur un calcul astronomique ; division que personne n'ignore et qui exerce la plus grande influence sur les rapports de la vie. Le commencement de l'année est en soi chose indifférente ; on pourrait donc, tout en suivant le même calendrier, le placer à des époques très-différentes. Aussi, depuis le moyen-âge, on l'a placé, chez diverses nations, tantôt au 1er janvier (Circoncision), tantôt au 1er mars, tantôt au 25 mars (Annonciation), tantôt au jour de Pâques, tantôt au 25 décembre (Noël) (*c*). Depuis quelques siècles on a généralement adopté le 1er janvier, et cet accord a de l'importance, car il empêche la

(*b*) L. 8, de feriis (II, 12) de Paul. — Censorinus, C. 23 ; Macrobius, Saturn., I, 3. Cf. Gellius, III, 2 ; Plinius, Hist. nat., II, 79. *Dies civiles*, dans Varro, de Rerustica, I, 28, semble désigner les jours suivant la division et les dénominations du calendrier romain.

(*c*) Ideler, II, 325-343.

confusion dans l'établissement de la chronologie.

Le mois est la division intermédiaire entre le jour et l'année. Elle repose sur le partage de l'année en douze parties, mais inégales. Sept mois ont 31 jours, quatre en ont 30, un seul en a ordinairement 28, et dans les années bissextiles 29. Ce partage en douze parties n'est point purement arbitraire; il répond aux phrases de la lune; mais ici on s'est contenté d'établir une concordance très-générale et nullement rigoureuse (*d*). La délimitation des mois n'a pas été faite d'après un principe absolu. César voulut sans doute respecter autant que possible les usages consacrés par l'ancien calendrier, et dérivant en partie de la religion; aussi ne fit-il subir aux mois que les modifications nécessaires pour parvenir à la délimitation nouvelle de l'année, qui était le but de sa réforme. Dans les temps modernes on n'éprouva jamais le besoin d'un changement en cette matière, si l'on excepte l'essai passager que fit la république française

(*d*) Le mois lunaire astronomique se compose seulement de 29 jours 12 heures 44 minutes 3 secondes, et ainsi ne concorde précisément avec aucun mois du calendrier, pas même avec celui de février. Ideler, I, 42-44. L'adoption du mois astronomique, alors même qu'on l'eût calculé exactement, n'était pas possible, parce que, dans la vie réelle, les divisions qui se rapportent à des jours entiers sont les seules dont on puisse faire usage.

d'un calendrier nouveau où les mois étaient surtout modifiés et ramenés à une durée égale de 30 jours, avec 5 jours complémentaires.

Je ne dois pas non plus oublier la désignation individuelle de chaque jour par rapport au mois dont il fait partie; mais j'observe que cette désignation est tout à fait étrangère au calendrier proprement dit, comme aux réformes de César et de Grégoire XIII; les changements réels qu'elle a subis se sont opérés insensiblement, et par le seul fait de l'usage. Les Romains partageaient le mois en trois parties inégales, appelées les calendes, les nones et les ides. Chacune de ces parties déterminait une série de jours qui se comptaient en rétrogradant. La désignation exacte d'un jour eût donc été par exemple : *die X ante Kalendas Januarias* (pour le 23 décembre). Mais on avait coutume de déplacer la préposition, et l'on disait précisément dans le même sens : *ante diem X Kal. Jan.* Celui qui n'aurait pas égard à ce caprice de la langue latine pourrait croire, en prenant la préposition dans son sens littéral, que la formule *ante diem X Kal.* exprime une date antérieure au *dies X Kal.*, tandis qu'elle ne désigne jamais que ce jour-là même (*e*). Un texte

(*e*) Les textes décisifs sur l'emploi de cette locution sont cités dans Ideler, II, 127, 128. La préposition était donc devenue, pour la fixation des dates, une addition oiseuse, et on l'employait sans réflexion dans des cas où elle n'était d'au-

du droit romain nous le dit expressément (*f*). Cette manière de désigner les jours du mois était intimement liée, chez les anciens Romains, aux mœurs et à la religion. Quoique cette désignation ne fût plus au moyen-âge qu'une lettre morte, elle se conserva comme langue savante dans les actes des notaires. Mais plusieurs notaires se

cune utilité. L. 13, de V. O. « Qui *ante Kalendas proximas* stipulatur similis est ei qui Kalendis stipulatur. » Une preuve non moins décisive que *ante* avait perdu toute signification, c'est qu'on le construit avec d'autres prépositions, par exemple, *in ante* diem IV, pour in diem IV, ainsi que *ex ante* diem pour ex die.

(*f*) L. 132, pr. de V. S. (L. 16). « Anniculus amittitur qui extremo die anni moritur : et consuetudo loquendi id ita esse declarat, *ante diem X Kalendarum, post diem X Kalendarum*. Neque utro enim sermone undecim dies significantur. » L'acception de *ante* est la seule chose dont j'ai à m'occuper ici. Ces mots *ante d. X Kal.,* dit le jurisconsulte, ne désignent pas le jour au delà du *dies X,* ou tout autre jour subséquent, mais bien le *dies X* lui-même. Ainsi encore *post diem X,* mis au lieu de *die X post Kalendas,* désigne le dix janvier, et non pas un jour au delà de dix, ce qui ferait le onze. Ces derniers mots présentent seulement une locution individuelle et arbitraire qui s'éloigne de la manière habituelle de dater, comme si aujourd'hui l'on tirait une lettre de change payable trois jours avant le nouvel an, au lieu de dire, suivant l'usage, le 29 décembre. Au reste, nous voyons que telle était effectivement la signification de *post* par la L. 233, § 1, de V. S. (L. 16). « Post Kal. Jan. d. tertio pro salute principis vota suscipiuntur ; » ce qui pouvait se dire également : post d. III Kalendarum. Or les *vota* se faisaient die III Non. Jan. Cf. Lipsius Excurs. ad Tac. anno XVI. — Erb, Civil Mag., vol. V, p. 244, faute d'entendre le *post* de la L. 132 cit., a proposé une correction superflue et d'ailleurs inadmissible.

trouvant dépourvus de l'instruction nécessaire pour l'appliquer, les divergences suivantes s'établirent, non par choix, mais par nécessité. Tantôt on individualisait chaque jour du mois par la fête du saint qui lui correspond, tantôt on désignait chaque jour par un nombre depuis 1 jusqu'à 30 ou 31 (ou 28). Ce dernier mode subit encore une modification; pour la première moitié du mois on comptait les jours en suivant, pour la seconde moitié en rétrogradant (*ingrediente, exeunte mense*).

Vainement on essayerait de déterminer pendant quel espace de temps chacune de ces diverses méthodes a été suivie; car, pendant plusieurs siècles, elles furent employées concurremment, sans autre règle que le degré d'instruction ou l'habitude du notaire. A partir des derniers siècles, et surtout depuis que les actes se rédigent dans la langue du pays, la désignation romaine a été de plus en plus abandonnée, et l'usage du quantième a fini par être adopté exclusivement. Cette manière de dater est effectivement très-ancienne, et on la trouve fréquemment dans les documents du septième et du huitième siècle (*f*[1]). La chancellerie de la cour

(*f*[1]) Pour s'en convaincre, il suffit de jeter un coup d'œil sur les nombreux recueils de documents rangés d'après l'ordre chronologique. Je citerai comme exemples les documents suivants du sixième et du septième siècle, avec la date du jour du

de Rome suit encore aujourd'hui l'ancienne désignation romaine.

On voit comment l'usage du quantième, pour désigner les jours du mois, s'est peu à peu établi; il ne saurait donc avoir aucune influence sur les règles du droit qui concernent le temps.

Indépendamment de ces divisions du temps, qui, seules, peuvent être regardées comme parties essentielles de notre calendrier, il en est encore quelques autres dont je dois faire mention.

Je commence par les divisions du jour, c'est-à-dire l'heure et ses subdivisions. Nous partageons le jour du calendrier en vingt-quatre parties égales, que nous appelons heures. La durée des heures varie également, sauf que la différence est ici presque insensible. Mais la détermination de l'heure est purement arbitraire et sans relation avec aucune observation de la nature;

mois; plusieurs se rapportent à la seconde moitié du mois, et présentent ainsi des chiffres plus élevés. Historiæ patriæ monumenta, Chartarum, tom. I; Aug. Taurinorum, 1836, fol. Num. 2, 6, 7, 9, 13; Fumagalli, Codice diplomatico Sant-Ambrosiano; Milano, 1805, in-4°. Num. 1, 10, 12, 15, 16, 18, 21, 23, 24. L'exposé que fait Gatterer, Abrizs der Diplomatik, p. 369, 370, est complétement faux. Il prétend que jusqu'au grand interrègne on suivit généralement la manière de dater des anciens Romains, qu'ensuite on exprima le jour des saints, et il ne dit rien du quantième du mois. Pour expliquer, sinon pour justifier cette inexactitude, on peut dire que la mention du nom des saints était effectivement la manière de dater la plus usitée en Allemagne.

on aurait donc pu tout aussi bien partager le jour en dix ou cent heures. Cela devient évident quand on observe que, chez les Romains et chez d'autres peuples de l'antiquité, l'heure, en apparence semblable à la nôtre, était, en réalité, très-différente. Les Romains partageaient le jour, c'est-à-dire le temps où le soleil est sur l'horizon, en douze parties égales, qu'ils comptaient depuis un jusqu'à douze, et la nuit en autant de parties égales, qu'ils comptaient de la même manière. Ainsi donc, excepté à l'époque de l'équinoxe, les heures du jour n'avaient pas la même durée que celles de la nuit, et la durée de chacune d'elles augmentait ou diminuait de jour en jour. Que l'on réfléchisse, en outre, à l'imperfection de leurs cadrans solaires, de leurs clepsydres et de leurs sabliers (*g*), et l'on comprendra com-

(*g*) Censorinus, C. 23. Cf. Ideler, I, 84; II, 14, 617. Néanmoins les Romains connaissaient en astronomie l'usage de ce que nous appelons heures. Ideler, I, 86. Cette incommodité était moins sensible aux Romains qu'elle ne le serait à un peuple du Nord, parce qu'en Italie la différence entre le jour et la nuit, par conséquent aussi entre les mois d'été et les mois d'hiver, est beaucoup moindre que dans les pays du Nord. — On se tromperait si l'on croyait l'usage suivi dans l'Italie moderne conforme à celui des anciens Romains. Les Italiens entendent par heure la même chose que nous, seulement ils diffèrent par le point de départ qu'ils donnent aux heures et par la manière de les compter. Nous commençons à minuit et nous comptons douze heures jusqu'à midi, puis nous recommençons à compter douze heures jusqu'à minuit. Les Italiens, une demi-

bien cette division du temps devait être incommode. Heureusement aucune règle de droit ne compte les délais par heures. — Ce que j'ai dit de l'heure s'applique, et à certains égards avec plus de raison encore, aux subdivisions de l'heure, les minutes, les secondes, etc.

Enfin la semaine se trouve complétement en dehors du calendrier ; elle n'est partie intégrante ni du mois, ni de l'année, car elle se compose d'un nombre de jours déterminés, dont la série se continue sans interruption d'un mois et d'une année sur l'autre. Les Romains avaient des séries de huit jours qui finissaient le jour des *nundinæ.* Plusieurs autres peuples, et nommément les Juifs (*h*), avaient une semaine de sept jours, qui, très-anciennement connue des Romains, fut bientôt généralement adoptée par les chrétiens, et la célébration du dimanche, jour qui commence la semaine, fait de cette division du temps une chose importante chez tous les peu-

heure après le coucher du soleil, commencent à compter 24 heures sans interruption. Néanmoins les horloges publiques ne sonnent souvent que 6 heures, et recommencent par une. Au reste, dans les villes cet usage se perd tous les jours davantage, et l'on adopte la manière de compter suivie dans le reste de l'Europe, et que l'on appelle *ora francese*. Cf. Ideler, I, 84.

(*h*) Chez eux, la semaine de sept jours avait en même temps une signification religieuse, relative à l'histoire de la création, dont le terme s'accorde avec le sabbat, dernier jour de la semaine.

ples chrétiens (*i*). La semaine de sept ou de huit jours a pour base générale une observation de la nature, accessible à tous dans la vie ordinaire. En effet, les différentes phases de la lune nous conduisent à diviser en quatre parties égales l'espace de temps qui sépare deux pleines lunes. Or, la quatrième partie de ce mois lunaire finit entre le septième et le huitième jour. Si donc on voulait fonder sur cette observation une division du temps en jours entiers, on avait à choisir entre sept ou huit. Ainsi, le mois lunaire, comme le mois du calendrier, repose sur une observation de la nature; mais dans l'application on ne pouvait s'y conformer exactement, car pour les usages de la vie réelle il fallait une série de jours entiers. La semaine, tout à fait étrangère aux règles du droit romain, est mentionnée très-anciennement dans le droit germanique; elle l'est bien plus souvent encore dans les lois modernes sur la procédure, dans les décisions judiciaires qui fixent des délais de procédure, et dans les actes juridiques des particuliers. — Les jours de la semaine ne se désignent pas, comme ceux du mois, par un quantième; ils ont tous un nom particulier, et ils reviennent successivement, d'après un ordre invariable.

(*i*) Ideler, I, 60, 87; II, 136, 175.

§CLXXXI. — VI. *Le temps. 2. Réduction normale.*

Quand un changement dans le droit est subordonné à l'expiration d'un délai, on prend pour mesure de ce délai le temps du calendrier, c'est-à-dire un certain nombre de jours, de semaines, de mois ou d'années, dont le commencement et la fin sont marqués par le calendrier. Mais comme le commencement d'un délai ne se trouve concorder avec les divisions du calendrier que dans des cas extrêmement rares, l'application ne peut se faire qu'au moyen d'une réduction (§ 179) dont je vais exposer les règles. Quant aux règles elles-mêmes, il n'y a de controverse que pour le mois; pour les autres divisions du temps, les règles sont fort simples et nullement douteuses; mais leur application soulève, en général, de graves difficultés. Il s'agit donc de déterminer d'abord ce qu'on doit entendre par le jour, l'année, la semaine et le mois mobiles.

Le jour mobile est un espace de temps dont la durée est égale à celle d'un jour du calendrier, c'est-à-dire que, prenant pour point de départ un moment déterminé, celui, par exemple, où la violation d'un droit donne lieu à une action,

on mesure un espace de temps égal à celui qui s'écoule depuis minuit jusqu'à minuit du jour suivant. On suppose donc que tous les jours du calendrier ont une durée égale, supposition contraire à la réalité des choses (§ 180); mais en droit on ne tient pas compte de cette erreur. En effet, la différence est très-légère, et sa rectification présenterait des difficultés insurmontables. D'ailleurs il faut en pareille matière une règle positive, nécessité qui compense bien une erreur aussi minime. Je reviendrai sur cette considération à la fin du présent paragraphe.

L'année mobile est la somme exacte de 365 jours mobiles, comptés sans interruption (*a*). Ici l'on néglige avec raison l'excédant de quelques heures que présente l'année solaire, car cet excédant est absorbé par le jour intercalaire, et ce jour donne lieu à une évaluation exceptionnelle dont je parlerai plus bas.

La semaine mobile est la série de sept jours mobiles, série facile à calculer, car, chaque jour de la semaine ayant un nom particulier, le retour du même nom indique une semaine nouvelle.

Ce qui jette du doute sur le mois mobile, c'est que la longueur des mois du calendrier

(*a*) L. 51, § 2; ad L. Aquil. (IX, 2); L. 4, § 5, de statulib. (XL, 7).

varie trois fois dans chaque année (§ 180). Quand donc il s'agissait de déterminer le nombre normal de jours qu'un mois doit avoir pour l'appliquer aux règles du droit qui comptent par mois, on avait à choisir entre ces deux nombres 30 ou 31. En faveur de ce dernier nombre, on pouvait alléguer que la plupart des mois ont en réalité 31 jours; mais il y avait pour le nombre 30 des raisons d'un plus grand poids. D'abord c'est de tous les nombres entiers celui qui se rapproche le plus de la douzième partie de l'année (30 $\frac{5}{12}$), comme aussi du mois astronomique (§ 180, *d*). Ensuite 30 est un nombre rond, susceptible de divisions nombreuses; il se grave donc plus aisément dans la mémoire et se prête mieux aux applications de la vie réelle que le nombre 31. C'est sans doute d'après ces motifs que les Romains donnaient au mois mobile une durée de 30 jours. Il n'existe là-dessus aucune disposition législative; mais les textes suivants, qui appartiennent à des époques très-différentes, mettent la chose hors de doute.

1) Relativement à la plainte en adultère, il y a deux délais : l'un de 60 jours; l'autre, qui absorbe le premier, de six mois. Pour calculer les six mois, on ajoute 60 jours aux quatre mois suivants (*b*).

(*b*) L. 11, § 6; L. 29, § 5, ad L. Jul. de adult. (XLVIII, 5);

2) Paul désigne un nombre de 210 jours par *septimus plenus mensis* (*c*).

3) Justinien ordonne que l'inventaire après décès soit commencé par l'héritier dans les 30 jours, et terminé dans les 60 jours suivants. Ces deux délais réunis, plus loin il les appelle trois mois (*d*).

4) Pour l'appel, Justinien fixe trois délais : le premier de 30 jours, les deux autres d'un mois chacun ; il dit ensuite que tous ces délais réunis font trois mois. Ainsi donc, les 30 jours équivalent à un mois (*e*).

Nous voyons, il est vrai, dans une loi antérieure sur l'appel, trois délais de 31 jours chacun, désignés comme trois mois par Justinien lui-même (*f*); mais cette disposition est trop isolée pour qu'on puisse l'opposer aux textes

L. 1, § 10, ad Sc. Turp. (XLVIII, 16). — Les textes relatifs à l'édit de l'édile sont moins décisifs; on y parle, il est vrai, tantôt de 60 jours, tantôt de deux moins, mais pas précisément comme d'un seul et même cas. L. 28; L. 31, § 22; L. 38, pr. de ædil. ed. (XXI, 1).

(*c*) Paulus, IV, 9, § 5, rapproché de Censorinus, de die nat., C. 9. — J'ai parlé avec détails de ce texte dans l'appendice III, sur la viabilité. Voy. vol. II, p. 393 sq.

(*d*) L. 22, § 2, C. de j. delib. (VI, 30), rapproché du § 11 de la même loi.

(*e*) Nov. 115, C. 2.

(*f*) L. 2, et L. 5 pr. C. de temp. appell. (VII. 63). « aliis trium mensium spatiis, *id est nonaginta et tribus diebus*, simili modo sequentibus. »

nombreux où, d'après l'usage constamment suivi, le mois est évalué à 30 jours (*g*). — Voici des témoignages invoqués à tort pour établir un usage contraire. D'abord la L. 101 de R. J. (L. 17) : cette loi semble dire que 61 jours font deux mois ; mais, comme on le verra plus bas (§ 185), elle parle effectivement de 60 jours, et confirme ainsi l'évaluation du mois à 30 jours. — Puis les 182 jours représentés comme la durée la plus courte de la gestation. Mais cette disposition, qui reproduit inexactement une opinion d'Hippocrate, n'est pas fondée sur la multiplication des jours du mois par six, mais sur la division des jours de l'année en deux parties égales, ce qui donne 182 jours et une fraction, fraction que les jurisconsultes romains ont négligée pour abréger (*h*). — Enfin, le calcul des fruits dotaux dont parle la L. 7, sol. matrim. (XXIV, 3) ; mais cette loi ne détermine aucunement le nombre de jours que doit avoir le mois mobile ; dans plusieurs exemples elle suppose que chacun des mois du calendrier fait la douzième partie de

(*g*) Cette opinion est soutenue par Reinfelder, Annus civilis, p. 116 sq., et par Unterholzner, Verjährungslehre I, p. 281.

(*h*) L. 3, § 12, de suis (XXXVIII, 16), rapprochée de l'expression vague *septimo mense* (L. 12, de statu hominum, I, 5). Cette loi semble dire que le nombre de 182 jours exprime exactement six fois la durée d'un mois. Cf. Hippocrates, de partu septimestri. C. 1, in opp. ed. Charterius, t. V, p. 342. Paris, 1679, fol.

l'année, et qu'ainsi ils ont tous le même nombre de jours, ce qui n'est pas tout à fait exact (*i*).

Les détails dans lesquels je viens d'entrer peuvent se résumer par la règle suivante : toutes les fois que le droit romain subordonne un fait juridique à l'expiration d'un certain nombre de mois, chaque mois équivaut à 30 jours consécutifs. Cette règle a perdu dans le droit actuel un grand nombre de ses applications (*k*); mais elle est encore applicable aux cas suivants :

Deux mois pour la vente d'une emphytéose (*l*);

Deux mois pour la preuve d'une dette que l'on oppose au fisc à titre de compensation (*m*);

(*i*) Ces déviations réelles et apparentes ont conduit Schrader, Civil Abhandl., p. 198 sq., à établir la doctrine suivante : les Romains ont compté le mois de différentes manières, mais enfin l'usage s'établit généralement de multiplier par le douzième de l'année ($30 \frac{5}{12}$) le nombre de mois donné, et d'admettre le résultat de cette multiplication. Cette règle donne pour deux mois 61, calcul confirmé, d'après Schrader, par la L. 101, de R. J. Je donnerai plus bas (§ 185) une autre explication de ce texte. Mais comment les Romains, qui avaient si peu de goût et d'aptitude pour les calculs artificiels, auraient-ils admis une semblable supputation sans la moindre nécessité?

(*k*) Tels sont les délais accordés pour l'appel et pour la plainte en adultère (notes *b*, *e*, *f*). Quant à l'inventaire (note *g*), le nombre des jours se trouvant exprimé à côté de celui des mois, il est indifférent, pour l'interprétation de ce texte, de savoir quel nombre de jour a le mois en général.

(*l*) L. 3, C. de j. emph. (IV, 66).

(*m*) L. 46, § 4, de j. fisci (XLIX, 14).

Trois mois pour l'*exceptio non numeratæ dotis* (*n*);

Quatre mois quand le copropriétaire d'une maison qui a besoin d'être reconstruite refuse de contribuer aux frais (*o*);

Quatre mois pour les intérêts judiciaires (*p*);

Six mois comme prescription de l'action rédhibitoire (*q*);

Dix mois, à compter de la dissolution du mariage, comme terme le plus long d'une naissance légitime (*r*).

Il y a d'autres cas où le mois a de l'influence, mais une influence qui ne dérive pas du droit romain, et dès lors ils ne tombent pas sous cette règle; néanmoins, ils sont plus nombreux et plus importants que ceux dont je viens de parler. Tels sont les délais de procédure fixés par la loi ou par les tribunaux, et les contrats où les termes de payement se comptent par mois, ce qui se voit surtout dans les lettres de change. Ici nous ne sommes nullement enchaînés par la règle du droit romain, et nous avons latitude

(*n*) Nov. 100.

(*o*) L. 52, § 10, pro socio (XVII, 2).

(*p*) L. 2, 3, C. de usuris rei jud. (VII, 54).

(*q*) L. 19, § 6; L. 38, pr. de ædil. ed. (XXI, 1).

(*r*) L. 3, § 11, de suis (XXXVIII, 16). — Je suis loin de vouloir donner comme complète l'énumération de ces différents cas.

entière pour adopter le système le plus rationnel et le plus conforme aux intentions des législateurs modernes, des tribunaux et des parties contractantes. D'après notre usage de désigner chaque jour du mois par son quantième, le procédé le plus simple est de placer l'expiration d'un délai mensuel au même quantième du mois suivant. Si donc il commence le 17 janvier, il finit le 17 février; s'il commence le 17 février, il finit le 17 mars, sans tenir compte de la légère différence qui existe entre eux, car le premier est en réalité de 31 jours et le second de 28. Cette inégalité, peu sensible, a moins d'inconvénients qu'une supputation rigoureuse de 30 jours, qui prêterait aisément à l'erreur. Appliquée aux délais de procédure, cette manière de compter a pour elle, depuis le quatorzième siècle, les autorités les plus imposantes (*s*); elle est, en outre, confirmée par la pratique constante des tribunaux (*t*).

(*s*) Joann. Andreæ glossa in C. 6, de elect. in VI (I, 6). — Bartolus, in L. 98, de verb. sign. — Alciatus, in L. 98, de verb. sign. — J. Gothofredus, in L. 101, de reg. juris. — Mevius, in Decis., I, 231. — Mühlenbruch, I, § 85. — Struben, Bedenken, I, p. 47, dit que les deux manières de compter sont en usage suivant des différents tribunaux.

(*t*) Les lois de l'Empire ne sont pas uniformes sur ce point. Le Conc. Ord. Cam. II, 33, § 3, évalue dans un cas particulier le mois à 30 jours; le R. A. 1548, § 53, l'évalue à quatre semaines. — Autrefois, en France, cette évaluation de quatre semaines était souvent admise dans la pratique. Merlin, Réper-

De même, en matière de contrats, et notamment de lettres de change, le mois qui commence un jour déterminé finit le même quantième du mois suivant. C'est l'objet d'une disposition expresse dans le Code prussien (*u*) et dans le Code français (*v*).

Cette manière de compter ne présente de difficultés que dans un seul cas, celui où, le délai commençant dans les derniers jours d'un long mois, le mois suivant se trouve plus court. La manière la plus simple de trancher la difficulté est de placer le

toire, v° *Mois*, t. VIII, p. 320. — La manière de compter d'un jour au jour correspondant d'un autre mois (par exemple : depuis ante V Kal. Jan. jusque ante V Kal. Febr.) n'était pas inconnue aux Romains, comme le montre la L. 2, C. Th. de decur. (XII, 1) (Cf. § 185, *l*), et qui pose la question sans la résoudre. Les textes cités plus haut prouvent que les 30 jours étaient l'usage dominant ; d'ailleurs l'autre manière de compter aurait eu chez les Romains plus d'inconvénients que chez nous, parce que les nones et les ides ne tombent pas toujours, comme les calendes, le même jour du mois.

(*u*) A. L. R., II, 8, § 855. « Quand une lettre de change est tirée à un ou plusieurs mois de date, chaque mois, sans égard au nombre de jours dont il se compose, finit au quantième où elle a été tirée. » — Pour les prescriptions mensuelles, le Code prussien, au contraire, reproduit les dispositions du droit romain, et fixe la durée du mois à 30 jours. A. L. R., I, 9, § 550.

(*v*) Code de Commerce, art. 132 : « Les mois sont tels qu'ils sont fixés par le calendrier grégorien. » C'est-à-dire qu'une lettre de change tirée à un mois de date n'est pas échue après 30 jours, mais après un délai plus ou moins long, suivant le nombre des jours du mois où elle a été tirée.

terme du délai au dernier jour du mois. Si donc une lettre de change est tirée le 31 décembre à deux mois de date, elle viendra à échéance le 28 février, de même que si elle est tirée le 28, le 29 ou le 30 décembre. Cette solution, la plus naturelle de toutes, a été adoptée par le Code prussien (*w*).

Si l'on essaye de réunir sous un même coup d'œil les règles exposées jusqu'ici, on voit que le jour est la division du temps la plus importante, car c'est à elle que toutes les autres se ramènent. En effet, quand un changement dans le droit est subordonné à l'expiration d'un certain nombre d'années, de mois ou de semaines, de quelque manière que le délai soit exprimé, il faut le réduire en jours, pour déterminer dans quel jour tombe le terme véritable du temps mobile. Ce jour une fois déterminé, le terme véritable est le moment précis correspondant à

(*w*) A. L. R., II, 8, § 856. « Si une lettre de change est tirée dans le dernier jour du mois, et que le mois de l'échéance ait moins de jours, l'échéance aura lieu le dernier jour du mois. » On aurait pu décider, par voie de conséquence, qu'une lettre de change tirée la veille de la fin du mois sera payable l'avant-dernier jour du mois de l'échéance, etc. Mais alors une lettre de change à deux mois de date, tirée le 30 décembre, eût été payable le 27 février, tandis que, tirée le 28 décembre, c'est-à-dire plus tôt, elle eût été payable le 28 février, car la règle s'applique précisément à ce cas. La manière de procéder exposée dans le texte prévient cette inconséquence.

celui où s'est passé l'événement qui sert de point de départ au délai. Ainsi, par exemple, l'usucapion s'accomplit précisément à la même heure que la possession a commencé. On appelle terme *mathématique* ce terme véritable, et terme *juridique* celui où s'accomplit le changement dans le droit. Ainsi l'on peut dire qu'il doit y avoir une exacte concordance entre le terme juridique et le terme mathématique.

Mais dans l'application cette règle rencontrerait des obstacles que, sans rien exagérer, on peut dire insurmontables, bien que pour les Romains ils eussent été plus grands encore que pour nous.

D'abord, on manque d'instruments pour mesurer les divisions secondaires du temps; et si les Romains se trouvaient dans une position encore plus désavantageuse (§ 180, *g*), l'insuffisance de nos moyens n'en est pas moins sensible. Sans doute les observations astronomiques seraient ici d'un merveilleux secours ; mais, pour les affaires urgentes et souvent peu importantes de la vie civile, comment déterminer d'une manière rigoureuse les heures, les minutes, etc.? — Il résulte de cette impossibilité évidente que, même dans les actes faits avec le plus de soin, on indique bien la date, mais jamais l'heure à laquelle il ont été passés. Or, le terme mathématique ayant toujours un point de départ qui lui correspond,

pour l'un comme pour l'autre l'heure est impossible à déterminer. La difficulté est encore augmentée par la variation constante des jours et des heures (§ 180), variation qui, même avec les horloges les plus parfaites, exige une réduction artificielle. — Chez les Romains, la division des heures, si différente de la nôtre (§ 180), eût compliqué bien davantage le problème à résoudre (*x*).

Quand on pèse toutes ces circonstances réunies, il devient évident que l'accord du terme mathématique et du terme juridique est presque toujours impossible à établir, et que dans l'application nous devons nous contenter d'une exactitude approximative. Mais il y aurait de graves inconvénients à s'en tenir à ce résultat purement négatif; d'abord la concession d'inexactitude pourrait être exagérée et entraîner des abus; ensuite les tentatives renouvelées, pour chaque espèce, de surmonter la difficulté, occasionneraient une dépense de forces tout à fait hors de proportion avec l'importance du but. Pour parer à

(*x*) Cette dernière difficulté n'existe pas pour les délais qui se comptent par années, tels que l'usucapion, mais elle se fût présentée pour les délais de 60 ou de 100 jours, de trois ou de six mois, etc., fixés par le droit romain, et alors elle eût été presque insurmontable; car il aurait fallu des tables de réduction très-compliquées, que les Romains n'étaient peut-être pas en état de faire, et qui certainement ne seraient jamais devenues d'un usage général.

ces inconvénients, il faudrait abandonner la concordance du terme mathématique et du terme juridique, mais en même temps renfermer la déviation dans des limites certaines et aussi étroites que possible. Par là on satisferait les besoins de la pratique et l'on annulerait l'influence fâcheuse des difficultés signalées plus haut.

§ CLXXXII. — VI. *Le temps.* 3. *Computation civile.*

Donellus, V. 19.

Rücker, de civili et naturali temporis computatione. Lugd. Bat., 1749.

Koch, Belehrungen über Mündigkeit zum Testiren, etc. Gieszen, 1796. — Bestätigung der Belehrungen, etc., 1798.

Hagemeister, über die Mündigkeit zum Testiren, Civ. Mag., vol. III, Num. 1 (1798), avec un préambule de Hugo.

Erb, über den Annus civilis, Civ. Mag., vol. V, Num. 8 (1814).

Unterholzner, Verjährungslehre, I, § 90 (1828).

Lhör, über Civilis computatio, Archiv., vol. XI (1828), p. 411-424.

Reinfelder, Annus civilis. Stuttgard, 1829.

Le problème proposé à la fin du paragraphe précédent peut s'énoncer ainsi : Trouver pour le temps mobile un terme juridique facile à recon-

naître et à appliquer en toute circonstance, et s'éloignant le moins possible du terme mathématique. Ce problème est susceptible de deux solutions différentes, qui toutes deux reposent sur le même principe. On peut en effet placer le terme juridique à l'heure de minuit qui précède ou qui suit le terme mathématique, et le but se trouve également atteint; car le jour mobile concordant avec le jour du calendrier, on n'a plus besoin d'une réduction artificielle, et l'on néglige les divisions de temps secondaires qui font toute la difficulté. Distinguer deux jours du calendrier est chose facile, même pour l'homme le plus grossier, car ils sont séparés par un intervalle assez considérable, la nuit, qui est le temps consacré au repos. Cette manière de compter peut encore s'expliquer de la manière suivante. On prend le jour du calendrier non pour ce qu'il est en réalité, un intervalle d'une certaine étendue, mais pour un tout indivisible, pour un élément du temps. Au reste, ce n'est là qu'une notion abstraite destinée à résoudre les difficultés signalées plus haut; mais souvent on l'a considérée comme une entité réelle, indépendante de ces difficultés et susceptible de développements ultérieurs; ce procédé arbitraire a donné lieu à de nombreuses erreurs, et jeté beaucoup de confusion sur la recherche qui nous occupe.

Le problème ainsi résolu, les conséquences de l'expiration du délai commencent plus tôt ou plus tard qu'elles ne devraient, d'après la règle rigoureuse, si l'exécution en était possible. Le délai se trouve donc, suivant les cas, plus ou moins abrégé ou prolongé; mais la différence ne peut jamais être de 24 heures, et, ce qui était une des conditions de la solution du problème, la déviation, ainsi renfermée dans des limites étroites et certaines, est à peine sensible. Si l'on prend pour terme de comparaison l'exécution rigoureuse de la règle, sans doute une des parties gagne le temps que l'autre perd; mais la perte et le gain restent en dehors du but que l'on se propose : c'est un mal inévitable que l'on accepte pour éviter un mal plus grand.

J'ai dit que ces deux solutions du problème étaient en général les seules possibles; et, en effet, quelle autre solution voudrait-on proposer? On pourrait avancer ou reculer de 24 heures le terme juridique, en le plaçant à l'heure de minuit qui précède ou qui suit de 24 heures le terme mathématique. La difficulté se trouverait également écartée; mais ce serait là dépasser le but sans aucun motif. Et si l'on veut s'éloigner de la vérité, pourquoi plutôt un jour que deux jours, trois jours, ou un plus grand nombre? — Enfin, l'on pourrait encore avancer ou reculer de tout un jour mobile le terme mathématique; si, par exem-

ple, il tombait le 2 janvier à midi, placer le terme juridique le 1[er] ou le 3 janvier à midi. Mais ce système doit être évidemment rejeté, car il ne diminue aucunement la difficulté à résoudre, et il nous éloigne de la vérité sans que rien justifie cet écart.

Puisque nous avons deux solutions du problème également satisfaisantes, il ne nous reste plus qu'à adopter exclusivement l'une ou l'autre, ou à les appliquer concurremment suivant les circonstances. Pour ne point procéder arbitrairement, il s'agit de ramener ce cas à un principe général. Nous nous trouvons en présence d'une indétermination partielle qui nécessairement profite à l'une ou l'autre des parties; une semblable indétermination existe sous d'autres rapports de droit, et toujours elle profite à celui qui est appelé directement à faire un acte, soit facultatif, soit obligatoire. Quand donc il s'agit d'une obligation alternative ou d'une obligation dont l'objet est déterminé seulement quant à son espèce, le débiteur peut choisir l'individu ou la qualité qu'il veut livrer (*a*). Au contraire, lorsque l'obligation est indéterminée quant au temps et au lieu, le créancier peut prendre pour agir le temps

(*a*) L. 138, § 1, de V. O. (XLV, 1); L. 52, mandati (XVII, 1). — Ainsi encore celui qui s'oblige à payer dans le cours d'une année déterminée peut choisir le jour qu'il veut pour payer. L. 50, de O. et A. (XLIV, 7).

et le lieu qui lui conviennent, puisque son droit reconnu en général n'est limité sous aucun de ces rapports (*b*). — Si nous faisons l'application de ce principe au cas qui nous occupe, nous aurons les résultats suivants. Lorsque l'expiration du délai confère un droit, en matière d'usucapion par exemple, le terme juridique est minuit qui précède ; car, par suite de l'indétermination, le possesseur peut, à tous les instants du jour du calendrier, regarder sa propriété comme acquise. Au contraire, lorsque l'expiration du délai fait perdre un droit, dans le cas, par exemple, de la prescription d'une action, le terme juridique est le minuit suivant ; car, vu l'indétermination, le titulaire du droit peut soutenir qu'à tous les moments du jour du calendrier son action est recevable (*c*). — C'est ainsi que l'on procède dans

(*b*) L. 41, § 1, de V. O. (XLV, 1); L. 33, J. de act. (IV, 6). Ce dernier texte, en restreignant l'arbitraire du demandeur dans le seul cas où l'on a assigné pour le payement un lieu déterminé, admet cet arbitraire pour tous les autres cas. — Si, quand il n'y a pas de terme marqué pour le payement, on regardait le débiteur comme la partie agissante et qu'on le laissât libre de fixer le terme, on détruirait, en la rendant illusoire, une des conditions essentielles de l'obligation, la *nécessité*.

(*c*) Ici l'on pourrait vouloir renverser la règle; car, par suite de l'usucapion, l'ancien propriétaire est dépouillé de son droit, et par suite de la prescription le débiteur acquiert une exception. Mais ces personnages ne jouent qu'un rôle secondaire, et la règle s'applique directement à leurs adversaires, dont la vigilance ou l'incurie détermine un changement dans le droit.

les cas ordinaires, ceux où une règle soumet un changement dans le droit à l'accomplissement d'un délai; mais si, d'après la condition exprimée, le délai devait être dépassé, le terme juridique, même s'il s'agissait d'un droit à acquérir, serait toujours le minuit suivant; car, le jour du calendrier étant indivisible, pour dire que le terme est dépassé, il faut attendre le lendemain (*d*).

Cette théorie de la computation civile diffère entièrement de celle adoptée parla plupart des auteurs, et qui en général peut se résumer ainsi : Dans certains cas on compte le temps d'une manière particulière, c'est-à-dire que la dernière partie du délai une fois commencée est considérée comme totalement finie. On appelle *civilis computatio* cette computation anomale, et *naturalis* la computation ordinaire. — Quant à la détermination des cas où il faut appliquer l'une ou l'autre manière de compter, les opinions sont

(*d*) Au premier abord on serait tenté de rejeter comme trop subtile cette dernière distinction; mais les témoignages des anciens jurisconsultes ne laissent pas là-dessus le moindre doute. L. 1, de manumiss. (XL, 1). « non enim majori XX permitti manumittere, sed minorem manumittere vetari : jam autem minor non est, qui diem supremum agit anni vicesimi. » (Si donc la loi eût parlé d'un *major*, on eût exigé un jour de plus). L. 66, de V. O. (XLV, 1). « quia de minore lex loquitur. » L. 3, de j. immun. (L. 6). « Majores LXX annis a tutelis et muneribus vacant... non videtur major esse LXX annis, qui annum agit septuagesimum. » Cf. L. un., C. qui ætate (V, 68); L. 3. C. qui ætate (X, 49); L. 2, pr. de excus. (XXVII, 1).

tellement divergentes qu'on ne saurait les ramener à un centre commun. D'après ce système il n'y a que deux manières de compter : dans l'une, le terme juridique concorde avec le terme mathématique ; dans l'autre, il le devance, et le délai se trouve ainsi abrégé. Avant de passer à l'examen des textes décisifs sur la matière, je vais présenter quelques observations sur l'ensemble de ce système. Le principe abstrait de la *civilis computatio* une fois posé (*e*), il semble qu'on devrait l'appliquer à la dernière année ou au dernier mois aussi bien qu'au dernier jour : c'est ce que prétendent effectivement plusieurs auteurs, bien que la plupart restreignent son application au dernier jour (*f*). Mais sur quelle base repose l'anomalie dès qu'elle ne sert plus à écarter la difficulté que présentent dans leur appréciation les divisions secondaires du temps ? Plusieurs, en effet, ne voient dans tout cela qu'une mesure arbitraire, une générosité exercée envers celui que favorise la réduction du délai. Mais comme la générosité s'exerce évidemment aux dépens

(*e*) C'est sous cette forme abstraite que la chose est envisagée notamment dans Koch, p. 21.

(*f*) Pour l'admission aux charges honorifiques des municipes, on n'exigeait pas que la vingt-cinquième année fût *révolue*, il suffisait qu'elle fût commencée. L. 8, de muner. (L. 4) ; L. 74 § 1, ad Sc. Treb. (XXXVI, 1). C'était là une règle isolée, n'ayant aucun rapport avec la supputation civile du temps, et qui résultait de la lettre même d'une loi spéciale.

de l'une des parties, qui perd ce que l'autre gagne, cette interprétation doit être rejetée, comme en général toute interprétation qui étendrait la déviation au delà du dernier jour. On ne serait guère plus avancé si l'on voulait envisager la chose, non comme une faveur accordée à l'une des parties, mais comme un moyen de réformer d'anciennes règles, qui auraient établi de trop longs délais; car abréger un délai d'un demi-jour, ou, comme le veulent la plupart des auteurs, d'un jour et demi, est si peu de chose qu'on fait peu d'honneur aux législateurs ou aux jurisconsultes en leur attribuant l'idée d'une pareille réforme.

Mais il faut dès à présent examiner ces expressions techniques, *civilis* et *naturalis computatio*, qui, jusqu'ici, ont été acceptées presque sans réclamation. Voici, en général, les seuls textes où l'on puisse chercher le langage authentique des sources :

L. 3, § 3 de minor. (IV. 4). « Minorem... videndum an... dicimus *ante horam qua natus est*... ita erit dicendum, *ut a momento in momentum* tempus spectetur. »

L. 6, de usurp. (XLI, 3). « In usucapionibus *non a momento ad momentum*, sed *totum postremum diem*, computamus. »

L. 134 de V. S. (L. 16), « quia annum *civiliter non ad momenta temporum*, sed *ad dies* numeramus. »

La seule phraséologie précise et constante établie par ces textes est donc : *A momento in* (*ad*) *momentum tempus spectare* (*computare*), ou *ad momenta temporum annum numerare*, et cette manière de compter n'est admise que dans l'espèce dont parle le premier texte. Le sens de cette phraséologie technique n'est nullement douteux ; elle désigne la manière de compter le temps en ayant égard à ses moindres divisions, et, comme le dit expressément le premier texte, en calculant l'heure du jour ; c'est donc ce que j'ai appelé la concordance du terme juridique et du terme mathématique. A cette manière de compter on oppose « *totum* postremum diem computare » ou « *ad dies* annum numerare, » c'est-à-dire négliger les divisions secondaires, et ne compter que les jours entiers comme s'ils étaient indivisibles, mais sans que rien exprime si cette manière de compter prolonge ou abrége le délai.

Les expressions *civilis* et *naturalis computatio* ne se trouvent donc évidemment nulle part ; les mots *civiliter numerare* offrent seuls quelque ressemblance avec la phraséologie arbitrairement créée par les auteurs modernes (*g*), et cette phra-

(*g*) *Annus civilis*, dans Macrob. Saturn., I, 14, désigne l'année réglée par le nouveau calendrier de César, et cette expression est dès lors aussi étrangère à notre sujet que celle de *dies civilis* (§ 180, *b*). *Annus civilis* se trouve, il est vrai, dans l'intitulé du chapitre de Gellius, III, 2, relatif à la supputation

séologie a plus d'importance qu'il ne semble au premier abord ; elle a fait constamment obstacle aux recherches d'une critique impartiale. En effet, de cette division bipartie il semble résulter que, hors la computation *ad momenta,* il n'y en a qu'une seule possible, celle appelée *civilis computatio,* fixant sous cette dénomination prétendue technique une idée simple et exclusive, la manière de compter qui abrége le délai. Ensuite la dénomination de *naturalis computatio* mène, sans qu'on s'en aperçoive, à regarder cette manière de compter comme normale, et dès lors applicable dans tous les cas où l'on ne peut établir une exception spéciale. Prévenu de pareilles idées, comment aurait-on procédé à une interprétation naïve et impartiale des textes décisifs qui posent les vrais principes de la matière.

Le langage authentique des sources, tel que je viens de l'établir, a encore de l'importance sous un autre rapport. L'expression *non a momento* est évidemment ici synonyme de *civiliter.* Cela nous montre que la simple négation du calcul

du temps qui nous occupe ; mais ces intitulés ne sont pas des témoignages authentiques, et cette phraséologie n'est nullement identique à celle dont se servent les jurisconsultes. — J'ai adopté l'expression *supputation civile du temps,* d'abord afin d'être mieux compris des lecteurs habitués à la phraséologie ordinaire, et j'ai évité la forme latine afin de ne pas contribuer à l'erreur de ceux qui croient cette forme une expression technique des sources.

par moments épuise l'idée contenue dans le mot *civiliter*. Ainsi donc la computation civile ne peut aller au delà de l'heure de minuit qui précède ou suit immédiatement le terme mathématique, car ce serait excéder la négation du *momentum*.

Si ces considérations ne peuvent résoudre les questions qui nous occupent, du moins elles préparent la solution que doit fournir une étude attentive des textes du droit romain. Mais, pour donner à leur interprétation la base de la critique, nous avons encore à examiner deux questions préliminaires essentielles. Des textes nombreux, et les plus importants, nous renvoient tantôt au *dernier* jour d'un délai, tantôt à des jours marqués par des *nombres ordinaux*. Là-dessus s'élèvent deux questions. D'abord les jours dont parlent ces textes sont-ils des jours mobiles ou des jours du calendrier? Comment ensuite doivent se calculer les délais marqués par des nombres ordinaux?

Quant à la première question, celle relative au *dernier* jour mentionné dans plusieurs textes (*h*), et aux jours marqués dans d'autres textes par

(*h*) Voici les principaux textes qui parlent du dernier jour, *supremus dies*. L. 1, de manumiss. (XL, 1). — *postremus*. L. 6, de usurp. (XLI, 3). — *novissimus*. L. 15, pr. de div. temp. præscr. (XLIV, 3), et L. 6, de O. et A. (XLIV, 7). — *extremus*. L. 132, pr. de V. S. (L. 16).

des *nombres ordinaux*, le mot *dies* pourrait en soi désigner tout aussi bien un jour mobile qu'un jour du calendrier. Si donc, par exemple, le terme mathématique tombait le 2 janvier à midi, le *postremus dies* commencerait à midi du 1er janvier et finirait à midi du 2 janvier. Mais comme quelques-uns des textes cités placent le commencement du dernier jour précisément à minuit, à minuit qui précède le terme mathématique, cela exclut absolument l'idée du jour mobile (*i*); et c'est ainsi que nous devons entendre les autres textes moins positifs à cet égard. Ce système d'interprétation est fondé sur la nature même des choses, car il nous fournit l'unique moyen d'écarter la difficulté pratique signalée plus haut, difficulté sans laquelle on ne comprendrait pas que le droit positif ait modifié la durée d'un délai. N'est-il pas, en effet, très-naturel d'admettre que, pour la décision de cas particuliers, tous ces textes nous renvoient aux jours du calendrier qui tombent sous la perception immédiate des sens, et non aux jours mobiles qui exigent une réduction artificielle et des preuves difficiles à fournir. Si donc le *postremus*

(*i*) Cela s'applique aux trois premiers textes cités dans la note précédente ; le premier (L. 1, de manum.) parle formellement de minuit de la veille, et, quant aux deux autres, d'après le rapprochement de la L. 7, de usurp. (XLI, 3). (Je cite littéralement ces textes, § 183.)

dies est un jour du calendrier, ce ne peut être que le jour où tombe le terme mathématique, et dont une portion seulement appartient au délai déterminé, puisqu'il est en partie antérieur et en partie postérieur au terme mathématique. Cette interprétation de l'*extremus dies* se trouve confirmée par le sens que, dans une autre matière, on attribue à l'*extremus annus*. Ainsi on sait que, pendant le mariage, les fruits de la dot appartiennent au mari, et, après la dissolution du mariage, à la femme ou à ses héritiers. Pour faire l'application de cette règle aux fruits d'un bien rural, on compte les années du mariage à commencer du jour de sa célébration ; l'année où arrive sa dissolution s'appelle *extremus* ou *novissimus annus*, et les fruits de cette année se partagent entre le mari et la femme à proportion du temps écoulé (*k*). Ainsi, comme *extremus annus* désigne l'année dont une partie appartient au mariage et où arrive sa dissolution, de même, en la matière qui nous occupe, *extremus dies* est le jour du calendrier qui, jusqu'au terme mathématique (*ad momentum*), fait partie intégrante du délai.

Ce que j'ai dit du dernier jour s'applique éga-

(*k*) L. 31, de pactis dot. (XXIII, 4); L. un., § 9, C. de r. u. a. (V, 13); ailleurs on l'appelle : *annus quo divortium factum est*. L. 5; L. 7, § 3; L. 11, sol. matr. (XXIV, 3); Paulus, II, 22, § 1.

lement aux jours désignés par un nombre; ce sont des jours du calendrier, et non des jours mobiles (*l*). Là-dessus j'invoquerai d'abord l'analogie des textes relatifs au *postremus dies* (*m*), puis l'argument tiré de la nature des choses, qui a un poids égal dans l'un et l'autre cas; enfin, cette circonstance décisive que l'un des textes où des jours sont désignés par un nombre repousse formellement le calcul *ad momenta* et établit celui des jours du calendrier (*n*). Nous pouvons donc dès à présent poser comme principe général que, partout où l'on abandonne la vérité du terme mathématique, le terme juridique se place à minuit, c'est-à-dire à la limite d'un jour du calendrier (*o*).

(*l*) Je citerai là-dessus les textes suivants : L. 30, § 1, ad L. J. de adult. (XLVIII, 5), *sexagesimus*. — L. 101, de R. J. (L. 17), *sexagesimo et primo*. — L. 1, § 8, 9, de succ. ed. (XXXVIII, 9), et L. 2, § 4, quis ordo (XXXVIII, 15), *centesimus*. — L. 134, de V. S. (L. 16), *trecentesimo sexagesimo quinto*.

(*m*) Cette analogie n'est pas seulement évidente, elle est prouvée directement dans un des cas cités. En effet, le même jour appelé *extremus* par la L. 132, de V. S., est appelé *trecentesimus sexagesimus quintus* par la L. 134, de V. S., et ces deux textes sont du même auteur.

(*n*) L. 134, de V. S. (L. 16). Cf. § 184. — Comme ce texte exclut en termes formels le calcul des moments, le *incipiente die* ne peut désigner que le commencement d'un jour du calendrier, et il s'ensuit directement que le jour désigné par un nombre est un jour du calendrier.

(*o*) Les principaux textes qui renvoient à minuit sont :

Je passe à la seconde question, celle de savoir comment, dans les textes où la durée d'un délai est marquée par un nombre (note *l*), ce nombre doit être entendu (*p*). En effet, les Romains avaient deux manières de supputer les nombres ordinaux, surtout à l'occasion des délais : l'une qui comprend, l'autre qui exclut le point de départ, le jour, par exemple, quand il s'agit d'un certain nombre de jours. Comme la phraséologie des Romains n'est nullement uniforme, dans tous les textes où se trouve un nombre nous sommes autorisés à prendre la manière de compter qui met le mieux ce texte en harmonie avec les règles du droit établies d'ailleurs. Il faut donc regarder ces textes comme un terrain neutre, car on ne peut les citer comme preuves à l'appui de l'un ou de l'autre système. Le choix entre ces deux acceptions peut surtout nous servir à expliquer les contradictions apparentes que présentent les textes des anciens jurisconsultes.

Avant de commencer l'examen des différents cas où se montre la computation civile, je veux

Gellius, III, 2; L. 7, de usurp. (XLI, 3); L. 1, de manumiss. (XL, 1); L. 5, qui test. (XXVIII, 1). — Au reste, je parlerai avec détail de ces différents textes que je cite ici pour un objet spécial.

(*p*) Je me contente de donner en peu de mots la solution de cette question difficile. Sa discussion, qui ici eût été un hors-d'œuvre, se trouve appendice XI.

ajouter encore une réflexion préliminaire. Il n'est pas absolument nécessaire que les Romains aient procédé ici avec intelligence ; leur marche peut avoir été irréfléchie, arbitraire, pleine de contradictions ; ils peuvent s'être égarés dans de vaines spéculations sur un objet d'une application journalière et d'un besoin pratique : tout cela est possible. Mais si nous interprétions leurs doctrines de manière à les disculper d'un pareil reproche, et à y trouver réunies conséquence, simplicité et sagesse, ce résultat serait non-seulement désirable, mais plus conforme à l'esprit qui a guidé les Romains dans tant d'autres matières du droit.

Afin que l'on saisisse plus aisément l'ensemble des recherches particulières qui vont suivre, voici par avance, et en peu de mots, les résultats que je crois avoir obtenus. Presque toujours le terme juridique d'un délai est séparé du terme mathématique; il se place, tantôt à minuit qui précède, tantôt à minuit qui suit ce dernier terme, et cela d'après les principes généraux développés précédemment sur l'application de ces deux méthodes. Dans un seul cas le terme mathématique, le *momentum temporis,* concorde avec le terme juridique : c'est au sujet de la minorité commecondition de la restitution.

Cette doctrine diffère plus ou moins de celle adoptée par les auteurs. Malgré plusieurs diver-

gences d'opinions, la plupart sont d'accord sur les points suivants.

Ainsi ils placent dans la plupart des cas le terme juridique, non à minuit qui précède le terme mathématique, mais bien 24 heures plus tôt. Dans d'autres cas, où j'admets le minuit suivant, ils admettent le terme mathématique, et ils donnent ainsi au calcul *ad momenta* bien plus d'extension que moi. Mais je n'ai vu nulle part le terme juridique placé 24 heures avant le terme mathématique, et néanmoins cette computation s'accorderait très-bien avec les principes généraux posés par plusieurs auteurs (*q*).

§ CLXXXIII. — VI. *Le temps.* 3. *Computation civile.* (Suite.)

Parmi les cas particuliers se placent d'abord ceux où un droit est conféré par l'expiration d'un délai.

A. Usucapion.

L'usucapion est le rapport de droit sur lequel

(*q*) Koch, p. 26, 94, pense que la véritable *civilis computatio* doit commencer 24 heures avant le terme mathématique; puis il ajoute que les jurisconsultes romains n'ont jamais reconnu cette supputation, mais qu'ils ont pris d'abord pour point de départ l'heure de minuit qui suit ce terme mathématique, le seul rigoureusement vrai, ensuite l'heure de minuit qui précède ce même terme, et que tel est le droit actuellement en vigueur.

nous possédons, quant au calcul du temps, les renseignements les plus nombreux. Ainsi nous avons un texte de l'ancien Q. Mucius Scævola, qui nous a été conservé par des auteurs plus modernes, puis un texte de Venulejus, et deux textes d'Ulpien.

Le texte de Scævola se trouve dans Aulu-Gelle (III, 2) et dans Macrobe (Saturn., I, 3). Macrobe l'ayant vraisemblablement tiré d'Aulu-Gelle, il ne peut nous servir qu'à rectifier le texte de ce dernier. Or, le texte rectifié (*a*) d'Aulu-Gelle est ainsi conçu :

Q. quoque Mucium Ic. dicere solitum legi, Lege non isse usurpatum mulierem, quæ Kalendis Januariis apud virum causa matrimonii esse cœpisset, et ante diem quartum Kalendas Januarias sequentes usurpatum isset. Non enim posse impleri trinoctium, quod abesse a viro usurpandi causa ex XII tabulis deberet; quoniam tertiæ noctis posteriores sex horæ alterius anni essent, qui inciperet ex Kalendis.

D'après les XII Tables, tout mariage ordinaire qui durait sans interruption pendant un an mettait la femme *in manum* du mari, et cela est rapporté expressément à l'usucapion annuelle

(*a*) Je n'ai pas à m'arrêter sur la critique du texte, car elle est sans intérêt pour la question qui nous occupe. Les matériaux de cette critique se trouvent tant dans les notes sur Aulu-Gelle que dans Erb., p. 213 sq.

des choses mobilières. Cette usucapion était interrompue quand la femme passait au moins trois nuits entières chaque année hors de la maison du mari (*b*). Maintenant Scævola juge une espèce que le tableau suivant fera parfaitement comprendre :

28 DÉCEMB.	29 DÉCEMB.	30 DÉCEMB.	31 DÉCEMB.	1er JANV.
V kal. Jan.	IV kal. Jan.	III kal. Jan.	Pridie kal. Jan.	Kal. Jan.

La femme s'était mariée au 1er janvier, et le 29 décembre (*c*) de la même année elle avait quitté la maison de son mari, croyant observer ainsi le *trinoctium* et éviter la *manus*. Mais, dit Scævola, elle se trompe; car l'année de l'usucapion était terminée à minuit qui commence le 1er janvier suivant; la première moitié de la troisième nuit n'appartient plus à la première

(*b*) Gaius, I, § 111, où on lit : « velut annua possessione *usucapiebatur*. »

(*c*) A la vérité, Scævola parle de l'ancienne année de 355 jours, où le mois de décembre n'avait que 29 jours (Macrob. Sat., I, 13, 14); ainsi le d. IV Kal. J. était le 27 décembre, et non le 29, comme aujourd'hui. Mais cela ne fait pas de différence, car le rapport entre le jour qu'il désigne et les calendes suivantes reste toujours le même; l'introduction du nouveau calendrier ne change donc rien à la décision, ni au fond, ni dans les termes.

année du mariage : l'absence de la maison conjugale n'a donc duré que deux nuits et demie, ce qui, d'après la loi, ne suffit pas. Pour atteindre son but, veut dire Scævola, elle aurait dû quitter la maison de son mari le 28 décembre.

Seul, parmi tous ceux que nous possédons, ce texte est tellement précis qu'il ne prête pas même à l'apparence d'un doute (*d*). Il nous dit formellement que l'usucapion finit, non au terme mathématique (*ad momenta*), ce qui serait une heure déterminée dans le courant du 1[er] janvier, mais à minuit qui commence le 1[er] janvier ; et ainsi ce n'est pas à minuit qui suit ni à minuit qui précède de 24 heures le 1[er] janvier, car l'usucapion finirait alors avec le 30 décembre. La computation civile s'opère donc ici précisément de la ma-

(*d*) Rheinfelder, p. 170, prétend que l'expression *ante* diem IV peut aussi bien désigner le jour antérieur au d. IV (29 décembre) que ce jour lui-même ; mais cette supposition est tout à fait inadmissible. D'abord, la locution de *ante diem IV* pour *ipso die IV* ne saurait être mise en doute (§ 180, *e*), et Rheinfelder ne gagnerait rien alors même que l'on prendrait *ante*, non dans l'acception spéciale, mais dans l'acception générale du mot. En effet, Scævola dirait alors que vainement la femme aurait quitté la maison conjugale dans un *temps quelconque* antérieur au 29 décembre, ce qui serait absurde. Dans le système de Rheinfelder, Scævola aurait dû dire qu'il ne suffit pas à la femme de quitter le domicile conjugal le jour qui précède immédiatement, c'est-à-dire le 28 décembre ; mais voilà ce qu'on ne fera jamais sortir du mot *ante*, quelque sens qu'on veuille lui donner.

nière indiquée plus haut (§ 182), pour tous les cas où l'acquisition d'un droit est subordonnée à des actes continués pendant un certain délai. Tel est effectivement le changement qui résulte de toute usucapion, car la continuité de la possession confère au possesseur la propriété (ici la *manus*).

L. 15, pr. de div. temp. præscr. (XLIV, 3). (Venulejus, lib. V, Interd.) In usucapione ita servatur ut, etiamsi minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilominus repleatur usucapio, nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus.

On appelle *novissimus dies* le jour du calendrier où tombe le terme mathématique (§ 182). Pour une usucapion commencée le 1[er] janvier, ce sera donc un 1[er] janvier futur, d'après la durée plus ou moins longue de l'usucapion. Ainsi Venulejus veut dire : l'usucapion est accomplie dès le commencement du dernier jour du calendrier, et non point à la fin de ce jour. La négation porte donc sur le minuit suivant, auquel on aurait pu penser, et nullement sur le *momentum*, le terme mathématique, qui n'est pas nommé, mais se trouve indubitablement exclu par l'affirmation précédente.

L. 6, de usurp. (LXI, 3). Ulp., lib. XI, ad Ed.

L. 7, de usurp. (LXI, 3). Ulp., lib. XXVII, ad Sab. In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computa-

mus. — Ideoque qui hora sexta diei Kalendarum Januariarum possidere cœpit, hora sexta noctis pridie Kalendas Januarias implet usucapionem.

J'observe d'abord que ces deux textes appartiennent à deux classes différentes : l'un à celle de l'édit, l'autre à celle de Sabinus. Or, d'après le système adopté par les rédacteurs du Digeste pour la classification des matériaux, ce second texte ne se trouve point à sa place ; il n'a évidemment été inséré ici que par exception et à cause de son contenu (*e*). Cette circonstance, et l'emploi de la conjonction *ideoque,* nous prouvent que ces deux textes sont si intimement liés qu'on peut les regarder comme dépendants d'un seul et même texte.

Ainsi, le premier texte nous dit : En matière d'usucapion on ne tient pas compte des divisions secondaires qui composent le dernier jour du calendrier, mais on prend ce jour comme un tout indivisible, et ainsi il est réputé accompli à tous les intants de sa durée (*f*).

(*e*) Bluhme, über die Ordnung der Fragmente in den Pandecten, Zeitsch. f. gesch. Rechtswiss., vol. III, p. 465, avec le troisième tableau qui accompagne cet article.

(*f*) Donellus, § 2, Rücker, p. 20; Unterholzner, p. 303, s'accordent avec moi sur l'interprétation de *totum postremum diem*. — Erb, p. 199, qui d'ailleurs donne le sens véritable des textes relatifs à l'usucapion, entend par *totum postremum* le dernier jour faisant *tout entier* partie du temps nécessaire pour l'usucapion, c'est-à-dire le 31 décembre, qui, par conséquent, doit

En conséquence, ajoute le second texte, celui qui commence à posséder à la sixième heure du jour d'un 1er janvier accomplit l'usucapion à la sixième heure de la nuit, le 31 décembre d'une année suivante.

La *hora sexta noctis* est l'heure qui précède immédiatement minuit (*g*). Ici, évidemment, Ulpien sous-entend *completa* ou *exacta*, de sorte que l'usucapion est accomplie, non au commencement ni au milieu, mais précisément à la fin de cette sixième heure (*h*). Par cette périphrase, il désigne minuit qui sépare le 31 décembre du 1er janvier; et nommant à cet effet l'heure qui précède minuit, il devait dire *pridie*, puisque cette heure appartient tout entière au 31 décembre (*i*). Ainsi Ulpien veut dire : l'usucapion est

être *écoulé*. Le résultat est le même que le mien, mais son explication est trop forcée pour qu'on l'admette.

(*g*) C'est l'heure qui, lors des équinoxes, correspond exactement à l'heure actuelle de 11 heures à minuit. Chez les Romains, le 31 décembre, cette *hora sexta* était sensiblement plus longue, et la *hora sexta diei* suivante sensiblement plus courte.

(*h*) Gellius, III, 2, dit dans le même sens : « diem... civilem... *a sexta noctis hora* oriri, » *completa* également sous-entendu. Cf. Donellus, § 3; Unterholzner, p. 303.

(*i*) On pourrait vouloir joindre immédiatement *noctis pridie Kal.*, et ainsi *nox pridie Kal.* désignerait la nuit dont la moitié appartient au 31 décembre, l'autre moitié au 1er janvier, puisqu'elle commence le 31 décembre; de même que nous appelons le semestre d'hiver de 1839 celui qui commence en 1839 et finit

accomplie à minuit qui complète la dernière heure du 31 décembre, et le 31 décembre lui-même. Il aurait pu dire tout aussi bien : l'usucapion est accomplie dès le premier moment du 1er janvier, et alors il se serait exprimé comme Venulejus. Du reste, la pensée des deux jurisconsultes est absolument la même.

Ainsi entendus, tous les textes relatifs à la durée de l'usucapion s'accordent parfaitement. Aussi cette interprétation n'est pas nouvelle, et déjà plusieurs auteurs l'ont présentée d'une manière satisfaisante (*k*). D'autres, au contraire, voient des différences entre ces textes. Koch, par exemple, qui ne connaît pas le texte de Scævola, prétend que les anciens jurisconsultes, et parmi eux il range Venulejus, plaçaient le terme juridique à minuit qui précède immédiatement le terme mathématique, et que Marcien et Ulpien le plaçaient 24 heures encore plus tôt :

en 1840. En effet, les affaires et les relations sociales se prolongent ordinairement dans la nuit, de sorte que la nuit peut-être considérée comme la suite et le complément du jour qui précède. — Mais nous n'avons pas besoin de recourir à cette explication, car du moins la « hora *sexta* noctis » appartient indubitablement au *pridie* que suivent les *Kalendæ*. La paraphrase suivante du texte d'Ulpien rendra encore la chose plus sensible : « l'usucapion est accomplie quand l'heure de onze heures à minuit du 31 décembre est écoulée. »

(*k*) Ainsi, par exemple, Erb, p. 191 sq., p. 213 sq.; et Unterholzner, p. 301 sq.

computations également erronées, dit-il, mais dont la dernière doit faire loi comme la plus récente (*l*). D'autres, admettant cette idée d'un progrès dans la science, l'ont ainsi développée. Pour satisfaire aux besoins de la pratique, il suffirait de placer le terme juridique à minuit qui précède immédiatement le terme mathématique; mais, quand on eut mieux approfondi la chose, on recula ce terme de 24 heures. En effet, si l'on considère le jour du calendrier comme un élément indivisible du temps, on doit admettre que la possession acquise dans le courant du 1er janvier était acquise dès le commencement de ce jour. Dès lors l'usucapion commencée le 1er janvier finit le 31 décembre. Mais comme ce jour est également indivisible, l'usucapion se trouve accomplie aussitôt que commence le 31 décembre, et c'est ce jour que l'on appelle *postremus* ou *novissimus dies*. En vain l'on objecte la manière dont Scævola calcule le *trinoctium*, car d'abord il prenait peut-être le *ante diem* dans un autre sens qu'on ne le prend d'ordinaire, et ensuite la science n'avait pas encore fait le progrès dont nous avons parlé (*m*). — J'ai déjà

(*l*) Koch, p. 78-94, cf. § 182, *q*.

(*m*) Rheinfelder, p. 11-16, p. 166-170. — Löhr, Archiv., vol. XI, p. 422, 423, s'accorde également à rejeter le témoignage de Scævola comme celui d'un jurisconsulte trop ancien pour être de quelque poids.

signalé (§ 182) le vice de cette doctrine. D'un expédient imaginé pour répondre à un besoin purement pratique elle fait, sans la moindre nécessité, un système scientifique qui, plus tard, aurait été encore approfondi, et elle en attribue les résultats aux jurisconsultes romains. Mais ceux-ci, bien éloignés d'appliquer la notion artificielle du jour du calendrier au commencement d'un délai, n'en parlent que pour le *novissimus dies*. Si le calcul *ad momenta* n'eût pas entraîné, dans son application, des difficultés graves, jamais ils n'auraient pensé à l'abandonner, et il ne leur convenait pas davantage de s'en éloigner plus qu'il ne fallait pour résoudre la difficulté.

B. Capacité d'affranchir.

L. 1 de manumiss. (XL. 1). (Ulpian., lib. VI, ad Sab.) Placuit eum, qui Kalendis Januariis natus, post (horam) sextam noctis pridie Kalendas quasi annum vicesimum compleverit, posse manumittere : non enim majori XX annis permitti manumittere, sed minorem manumittere vetari : jam autem minor non est, qui diem supremum agit anni vicesimi.

D'après la *lex Ælia Sentia*, tout individu âgé de moins de vingt ans n'avait pas le droit illimité d'affranchir ses esclaves ; maintenant on demandait quel jour finit la prohibition. De la solution donnée à cette question pouvait dépendre la validité d'un affranchissement ; par voie de consé-

quence, la liberté d'un homme et son droit de cité. La décision d'Ulpien peut se traduire ainsi :

L'individu né au 1[er] janvier, la sixième heure de la nuit du 31 décembre une fois écoulée, a capacité pour affranchir, comme si sa vingtième année était déjà révolue ; car la loi ne dit pas que, pour affranchir, il faut avoir *plus* de 20 ans, mais bien qu'il ne faut pas avoir *moins* de 20 ans (*n*). Or on ne saurait dire que celui qui a atteint le dernier jour du calendrier de sa vingtième année est âgé de moins de vingt ans.

En d'autres termes, il peut affranchir le jour même de sa naissance, et dès que ce jour est commencé, c'est-à-dire aussitôt après minuit du jour précédent. Ainsi donc Ulpien suit pour la capacité d'affranchir le même calcul que pour la fin de l'usucapion. Les considérations suivantes viennent confirmer cette interprétation. On a vu, au sujet de la L. 7 de usurp., ce que signifie *hora sexta noctis pridie Kal. Jan.* La différence des deux textes se réduit à ce que la L. 7 porte : *hora sexta,* en sous-entendant *exacta,* tandis que la L. 1 de manumiss. porte : *post sextam ;* et cette différence de rédaction n'est pas purement accidentelle. En effet, on peut dire qu'à minuit précis l'usucapion est accomplie et la propriété

(*n*) Ce passage du texte est confirmé littéralement par la L. 66, de V. O. (XLV, 1).

acquise. L'affranchissement, au contraire, est un acte dont les formalités exigent un certain temps, et dès lors il ne peut se faire à minuit précis, mais seulement après minuit. La *hora sexta noctis pridie Kal. Jan.* ne change pas pour cela de nature, et elle reste toujours la même, soit que pour la désigner on sous-entende *exacta,* soit qu'on la fasse précéder de la préposition *post* ou *ante* (*o*). — Le « *quasi* compleverit » exprime la computation civile, car, rigoureusement parlant, la vingtième année n'est pas accomplie avant l'heure de la naissance. — Ces mots *non enim majori,* etc., signifient : si la loi eût dit *major XX annis,* et eût voulu que la vingtième année fût, non pas accomplie, mais dépassée, l'affranchissement ne serait permis que le jour suivant, le 2 janvier (§ 182); mais la loi ne s'exprime pas ainsi. — Le *dies supremus* est celui que la L. 15 de div. temp. præscr. appelle *novissimus dies* (*p*),

(*o*) Dans la L. 1, de manum., Erb, p. 197, 198, entend : dès le commencement du 31 décembre, sans doute parce qu'il sépare *posse manumittere*, et le sens serait alors : après minuit et dans le courant du 31 décembre. Cette séparation est arbitraire, car ces mots, *post sextam noctis pridie Kal.*, désignent par leur ensemble une seule et même fixation de temps. Ensuite Erb se montre inconséquent, car il interprète autrement, et avec raison, la L. 7 de usurp., rédigée dans des termes semblables. A la vérité, ces mots qui précèdent immédiatement *hora VI diei Kal. Jan.* rendaient, dans la L. 7, toute autre construction impossible.

(*p*) Erb, p. 200, 201, entend bien le *novissimus dies* dans la

et par conséquent ici le jour de la naissance.

Cette interprétation, que d'autres ont déjà donnée (*q*), me paraît surtout confirmée par la parité qu'elle établit entre la capacité d'affranchir et l'usucapion, pour la manière de calculer le temps. En effet, dans l'un et l'autre cas, l'acquisition d'un droit est subordonnée à l'expiration d'un délai; or, le changement opéré étant identique, on doit, sous peine d'arbitraire et d'inconséquence, soumettre au même régime les deux institutions (*r*).

Justinien a réduit les vingt années à dix-sept, mais sans changer le mode de computation (*s*).

L. 15, de div. temp. pres., et p. 207 il entend mal *supremus*, sans donner aucun motif de cette différence d'interprétation.

(*q*) Ainsi, par exemple, Unterholzner, p. 208. — Donellus, § 3, exprime la même opinion, mais sans la développer.

(*r*) Erb., p. 226, 233, donne pour motif de cette différence dans la pratique que l'acte de manumission exige un certain temps, et que l'acquisition de la propriété au moyen de l'usucapion n'en exige pas. Cela expliquerait très-bien pourquoi l'une aurait lieu *à* minuit, l'autre *après* minuit, mais ne justifie nullement une différence de 24 heures.

(*s*) § 6, J. qui et quib. ex c. (I, 6) : « nisi XVII annum impleverit, et XVIII annum *teligerit*. » Rücker, p. 54, interprète ces mots par dépasser, et il y voit une modification de la disposition précédente. Mais *tangere* veut dire toucher, et non dépasser ; ce n'est donc là qu'une répétition surabondante de la disposition qui précède, et nullement une prescription nouvelle sur la manière de compter.

§ CLXXXIV. — VI. *Le temps*. 3. *Computation civile.* (Suite.)

C. Anniculus.

Quand un *Latinus* épousait une citoyenne romaine ou une *Latina*, et en avait un enfant qui vivait une année entière et devenait ainsi *anniculus,* le père, la mère et l'enfant acquéraient le droit de cité (*a*). Mais si l'enfant mourait vers la fin de la première année, il s'agissait de déterminer exactement l'époque où elle finissait, puisque de là dépendait, pour les parents, l'acquisition de cet important privilége, que ne leur enlevait pas la mort postérieure de l'enfant. Voici comment Paul s'exprime à ce sujet dans deux textes différents :

L. 132 pr. de V. S. (L. 16). (Paul., lib. III, ad L. Jul. et Pap.)

(*a*) Plusieurs textes s'accordent à rapporter à la L. Ælia Sentia l'origine de cette règle. Gaius, I, § 29, 31, 66, 68, 70, 71, 80; Ulpian., VII, § 4. Ainsi donc le seul passage qui en attribue l'origine à la L. Junia (Ulpian., III, § 3) semble devoir être rectifié. Plusieurs ont cru à tort que cette règle avait été établie par la L. Junia, et leur principale raison est que les deux textes de Paul cités plus haut, relatifs à cette règle, sont tirés d'un commentaire sur la L. Junia. Mais un semblable commentaire devait nécessairement traiter plus d'une matière analogue, quoique leur origine se trouvât dans d'autres lois.

L. 134 de V. S. (L. 16). (Paul. lib. II, ad L. Jul. et Pap.)

Anniculus amittitur, qui extremo anni die moritur : et consuetudo loquendi id ita esse declarat, *ante d. X Kal., post. d. X Kal.* : neque utro enim sermone undecim dies significantur.

Anniculus non statim ut natus est, sed trecentesimo sexagesimo quinto die dicitur, incipiente plane non exacto die : quia annum civiliter, non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus.

Le premier texte s'explique par ce que j'ai dit plus haut (§ 182) sur le sens de *extremus dies*. Si donc l'enfant était né un 1[er] janvier, le 1[er] janvier suivant, c'est-à-dire le jour anniversaire de sa naissance, est l'*extremus dies* de sa première année de vie ; si donc l'enfant meurt à un instant quelconque de ce jour, il meurt *anniculus*, et ses parents ont le bénéfice de la *L. Ælia Sentia* (*b*). — Le motif qu'il exprime ensuite en termes un peu obscurs se rapporte à la distinction mentionnée plus haut (§ 182, 183) des cas où, d'après la loi, le délai doit être dépassé ou atteint. Ainsi donc Paul veut dire : il en serait autrement si la loi eût parlé d'un *anniculo major*, car il faudrait que l'enfant mourût le 2 janvier pour conférer le droit de cité à ses parents, mais

(*b*) Ici encore Erb, p. 207, explique *extremus* tout autrement que *novissimus*, p. 200, 201. L'inconséquence est évidente. Cf. § 183.

la loi ne parle que d'un *anniculus*; or l'enfant est *anniculus* dès le commencement du jour anniversaire de sa naissance. Il invoque ensuite l'analogie d'autres expressions dont on se sert pour marquer le terme d'un délai, et qui n'ont pas en réalité le sens qu'elles présentent littéralement. J'ai donné plus haut (§180, *f*) l'explication détaillée de cette partie du texte.

D'après le second texte, on appelle *anniculus*, non pas l'enfant qui vient de naître, mais celui qui est au trois cent soixantième jour de son existence; et il ne faut pas que ce jour soit terminé, mais seulement commencé, car l'année se compte juridiquement, c'est-à-dire par jours entiers, sans tenir compte des divisions du temps secondaires. — Le jour ici désigné est un jour du calendrier, et non un jour mobile. Indépendamment des arguments généraux développés § 182, cela résulte des derniers mots du texte, où l'on repousse formellement le calcul des *momenta* qui sert de base au jour mobile. — Le sens du nombre exprimé dépend de la question de savoir si Paul compte ou exclut le jour de la naissance; dans le premier cas l'enfant serait *anniculus* le 31 décembre, dans le second cas le 1er janvier. Comme nous sommes libres de choisir l'une ou l'autre manière de compter (§ 182), nous devons nous prononcer pour la seconde, qui met ce texte en harmonie avec les textes déjà cités, et avec

ceux relatifs à l'usucapion et à l'affranchissement, tandis que, autrement, nous ne trouvons plus que contradictions et incohérences. D'ailleurs cette interprétation ressort des derniers mots du texte : quia annum... non *ad momenta*... sed *ad dies* numeramus. Or ce motif ne peut, en général, nous reporter qu'au commencement du 1er janvier, et non du 31 décembre.

S'il y a effectivement deux manières de compter, Paul aurait aussi bien exprimé son idée par le nombre de 366; mais il avait une raison particulière pour en agir autrement. Depuis la réforme du calendrier par César, personne n'ignorait que l'année avait 365 jours, et l'expression *anniculus* ramenait naturellement la pensée à ce nombre. Si donc Paul eût parlé de 366 jours, il y eût eu entre ce nombre et l'expression *anniculus* une contradiction apparente qui demandait à être expliquée; le nombre de 365 n'avait pas cet inconvénient; Paul devait donc adopter de préférence cette manière de compter, puisque, dans notre hypothèse, elle rendait également bien son idée. — La raison de décider, exprimée à la fin du texte, offre encore quelque obscurité. Il y avait trois termes possibles : le commencement du 1er janvier (*incipiente die*), le *momentum temporis,* dans le cours du 1er janvier, et la fin de ce jour (*exacto die*). Paul se prononce pour le commencement du jour, ce qui exclut

de soi-même les deux autres termes. Ensuite il exclut nominativement le *exacto die,* et il en donne pour motif que l'on compte *ad dies* et non *ad momenta*. Or ce motif ne s'applique pas au terme qui précède immédiatement *non exacto*, mais à celui qu'exprime *incipiente ;* on doit donc regarder ces mots *non exacto,* qui, du reste, ne sont pas indispensables, comme une espèce de parenthèse.

Cette interprétation, quant aux points essentiels, a déjà été donnée avant moi (*c*). De même que pour l'affranchissement, la plupart des auteurs prétendent que l'année finit au commencement du 31 décembre; mais, parmi eux, les plus embarrassés sont ceux qui regardent l'usucapion comme accomplie au commencement du 1er janvier (*d*). Leur opinion trouve sa réfutation directe dans un autre texte de Paul relatif à l'usucapion de l'enfant d'un esclave, où l'expression *anniculus* désigne l'âge de l'enfant, auquel âge l'usucapion d'un an se trouve accomplie, et dès lors on est dispensé de recourir à la *publiciana* (*e*) : « Publiciana actione etiam de infante servo nondum anniculo uti possumus. » L'em-

(*c*) Nommément par Unterholzner, p. 310.

(*d*) Ainsi Erb, p. 226, 234, explique la prétendue différence entre l'usucapion et l'*anniculus* d'une manière encore plus forcée que pour l'usucapion (§ 183, *r*).

(*e*) L. 12, § 5, de public. (VI, 2).

ploi du même mot *anniculus*, pour désigner les deux rapports de droit, nous prouve que l'usucapion de l'enfant est consommée au même instant où les parents acquièrent le bénéfice de la L. Ælia Sentia.

D. Capacité de tester.

L. 5 qui test. (XXVIII, 1). (Ulp. lib. VI, ad Sab.)

A qua ætate testamentum vel masculi vel feminæ facere possunt, videamus. Et verius est, in masculis quidem quartumdecimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartumdecimum annum, ut testamentum facere possit, an sufficit complesse? Propone aliquem Kalendis Januariis natum testamentum ipso natali suo fecisse quartodecimo anno, an valeat testamentum? Dico valere. Plus arbitror, etiamsi pridie Kalendarum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum : jam enim complesse videtur annum quartumdecimum, ut Marciano videtur.

Voici l'enchaînement des idées exprimées dans ce texte. Faut-il que la quatorzième année soit dépassée ou seulement accomplie (*f*)? En d'au-

(*f*) Si l'on compte *ad momenta*, cette question ne saurait se présenter, car un acte ne peut se faire au moment même du *complesse*, mais avant ou après, ou bien encore dans l'intervalle qui précède et qui suit ce moment. Dans le calcul *ad dies* la

tres termes, celui qui est né un 1er janvier ne peut-il tester valablement que le 2 janvier, ou bien peut-il tester dès le 1er janvier, jour anniversaire de sa naissance? Il peut tester dès le 1er janvier. Non-seulement il n'a pas besoin d'attendre le 2 janvier, mais il n'est pas même obligé d'attendre l'heure de sa naissance, et il peut tester aussitôt que le 1er janvier a commencé. Ainsi donc, le 31 décembre, la sixième heure de la nuit une fois écoulée (*post* sextam), il peut tester valablement, c'est-à-dire immédiatement après minuit qui sépare le 31 décembre du 1er janvier, ou, si l'on aime mieux, aussitôt que commence le 1er janvier (*g*).

Ce texte a contribué plus que tout autre à faire remonter la computation civile au commencement du jour précédent; l'on peut même dire que sans ce texte cette opinion ne se serait jamais

question a un sens raisonnable, et la suite du texte prouve évidemment que tel est le sens de la L. 5. Le 1er janvier tout entier forme en droit le terme indivisible du *complesse*, et dans la réalité ce terme est asssez étendu pour admettre la confection de plusieurs testaments. — Il s'agit donc ici de l'opposition entre dépasser et simplement accomplir, opposition dont j'ai déjà parlé plus d'une fois, § 182, *d*, dans la L. 1, de manumiss. (§ 183), et dans la L. 132, de V. S. (§ 184).

(*g*) Cette explication se trouve, quant aux points essentiels, dans Unterholzner, p. 307 sq. — Donellus, § 3, enseigne la même doctrine, mais sans la développer. — La glose pose nettement les deux opinions, et donne la préférence à celle que je défends.

établie. En effet, je ne nie pas que cette conclusion n'ait une grande apparence de vérité, et cela à cause de deux circonstances. D'abord le mot *pridie* semble indiquer que la confection du testament peut avoir lieu tout entière dans le cours du 31 décembre. Ensuite le *plus arbitror* semble établir la progression suivante : non-seulement on ne doit pas attendre le 2 janvier, mais pas même le 1[er] janvier, puisque le 31 décembre suffit déjà. J'ai donné plus haut une explication tout aussi naturelle des mots *plus arbitror* (*h*). Quant à *pridie*, voici une interprétation qui n'a rien de forcé. Personne ne se lève à minuit pour commencer la journée, mais rien n'est plus ordinaire que de veiller jusqu'après minuit (§ 183, *i*). Dans notre espèce, on suppose qu'un individu âgé de quatorze ans a de puissants motifs pour faire son testament le plus tôt possible. A cet effet, dès le 31 décembre (*pridie*) il réunira les cinq témoins, le *libripens* et l'*emtor ;*

(*h*) La glose rapporte le *plus arbitror* aux premières heures du jour du calendrier qui s'écoulent pendant la nuit, par opposition à celles qui suivent le lever du soleil. En effet, Ulpien avait d'abord déclaré valable le testament fait le « *natalis* dies. » Comme il s'agit ici des usages de la vie réelle, on aurait pu entendre exclusivement par *natalis dies* la partie du jour que l'on appelle le jour de naissance, et où se font les félicitations et les présents, et le *plus arbitror* met en garde contre cette erreur. Néanmoins l'explication que je donne dans le texte me paraît préférable.

il préparera les documents, la balance et l'airain (*æs et libram*), et, minuit une fois sonné (*post sextam h. n.*), il procédera aux formalités du testament, qui ne demandent que peu de temps à remplir. Ainsi, *pridie* n'est mis là que pour mieux faire ressortir comment les choses se passent naturellement.

Les observations précédentes sont plutôt destinées à réfuter la doctrine de mes adversaires qu'à établir la mienne. Maintenant, à l'appui de ma doctrine, j'invoquerai d'abord l'extrême invraisemblance que cette question ait reçu deux solutions différentes : l'une pour les testaments, l'autre pour l'usucapion, l'affranchissement et l'*anniculus* (*i*). Ensuite, Ulpien prend évidemment pour point de départ la question de savoir si le terme doit être dépassé ou seulement accompli, question posée dans d'autres textes, et qui fait présumer un résultat semblable, non pas un résultat différent, comme le prétendent quelques-uns de mes adversaires. Voici enfin une circonstance qui me paraît décisive. On trouve dans les textes d'Ulpien les expressions suivantes :

Hora sexta noctis pridie Kal. Jan. (usucapion).

(*i*) Cet argument n'a donc de valeur que contre ceux qui, comme Erb, admettent déjà cette manière de compter pour l'usucapion, ou seraient convaincus par les raisons que j'ai alléguées au sujet de l'usucapion.

Post (horam) sextam noctis pridie Kal. (affranchissement).

Pridie Kal... post sextam horam noctis (testament).

Comment penser que le même auteur ait employé des expressions tellement semblables, dont la construction seule varie, pour désigner deux choses différentes ? Comment, au contraire, n'eût-il pas mis tous ses soins à faire ressortir la distinction qu'il aurait voulu établir, quand le danger d'une méprise était si facile à prévoir ?

Ce qui me reste à dire n'a pas autant d'importance. D'après ces mots : *plus arbitror*, et : *ut Marciano videtur*, plusieurs auteurs ont cru qu'il y avait eu controverse parmi les anciens jurisconsultes, ou qu'Ulpien avait dû introduire une innovation dans la manière de compter. En effet, si, comme je le pense, on doit admettre dans tous ces textes la même computation civile, il leur paraît bien peu vraisemblable qu'Ulpien eût employé une forme aussi dubitative, et eût invoqué à l'appui de son opinion une autorité plus ancienne. Ils ne comprennent pas comment Ulpien aurait si longuement développé une règle qui se trouve dans tous nos manuels, et que l'on enseigne dans tous les cours de Pandectes, souvent même dans les cours d'Institutes. Mais ils oublient que les Romains n'apprenaient pas le droit de la même manière que nous, et que sur-

tout ils n'avaient pas une masse traditionnelle de définitions, de distinctions et de travaux théoriques, semblable à celle qui existe dans les temps modernes. Le cas d'un testament fait précisément à l'âge de quatorze ans ne s'était peut-être jamais présenté, ou du moins presque jamais, et Marcien l'avait mentionné par hasard. Le principe de la computation civile ne se trouvait peut-être sous sa forme abstraite dans aucun livre de droit, et l'on n'en parlait qu'au sujet de chaque application particulière. Que l'on examine sans préventions cette réunion de circonstances, et l'on ne trouvera rien de surprenant ni d'invraisemblable dans la manière dont s'exprime Ulpien.

La recherche que nous avons entreprise donne, jusqu'ici, les résultats suivants. Dans quatre rapports de droit différents, l'acquisition d'un droit est subordonnée à l'expiration d'un délai, et dans ces quatre cas le délai expire à minuit qui précède le terme mathématique. De là nous pouvons tirer une règle générale applicable à toute acquisition de droit subordonnée à l'expiration d'un délai, et cela sans distinction, soit que la continuité se rapporte à un acte personnel ou à un état de choses indépendant de la volonté; car dans le premier cas il s'agit d'un acte personnel (la possession), et, dans les trois autres, d'un état indépendant de la volonté (la durée de la vie).

§ CLXXXV. — VI. *Le temps.* 3. *Computation civile.* (Suite.)

Je passe maintenant à l'examen des cas où la continuité d'inaction entraîne la perte d'un droit. Ici, d'après les principes généraux, le terme juridique se place à minuit qui suit le terme mathématique (§ 182). Cette manière de compter, comparée au calcul rigoureusement exact (*ad momenta*), prolonge un peu le délai, et celui qui n'agit point y trouve un léger avantage (*a*); de même qu'en matière d'usucapion le possesseur profite de l'abréviation du délai. Quand il s'agit de la perte d'un droit, le cours naturel des choses réduit encore, et quelquefois même annule entièrement cet avantage; l'inconvénient attaché à la computation civile est donc encore moindre que quand il s'agit de l'acquisition d'un droit. Supposons, en effet, qu'une prescription finisse à midi; d'après notre règle, l'action sera recevable jusqu'à minuit; mais, dans la réalité, on ne profite que d'une partie de la prolongation; c'est-à-dire, chez les Romains, tant que le préteur se tenait au Forum, et, de nos jours, tant

(*a*) On peut donc reproduire ici l'expression appliquée à la *stipulatio in diem* : « totus is dies arbitrio solventis (ici actoris) tribui debet. » § 2, J. de V. O. (III, 15).

que sont ouverts les bureaux des fonctionnaires chargés de recevoir la plainte.

Cette doctrine a déjà été soutenue par plusieurs auteurs (*b*). D'autres veulent qu'en pareils cas on remonte au commencement du dernier jour (*c*); d'autres admettent ici le calcul *ad momenta* (*d*). Cette dernière doctrine ne trouve aucun appui dans les écrits des anciens jurisconsultes; elle se rattache évidemment aux notions et aux expressions techniques arbitrairement créées dont j'ai déjà fait mention (§ 182). En effet, si l'on admet qu'il n'y a que deux computations, l'une *civilis,* qui abrége le délai, l'autre *naturalis,* qui le laisse instact, on doit nier toute espèce de prolongation; et ainsi un défaut de critique dans les termes a conduit à une erreur capitale.

Néanmoins, ici encore, tout repose sur l'interprétation des textes qui établissent la computation du temps pour les cas où le défaut d'agir entraîne la perte d'un droit. Ces textes se rapportent aux quatre cas suivants : la prescription

(*b*) Déjà la glose sur la L. 6, de O. et A. (XLIV, 7), rapporte cette opinion parmi plusieurs autres, et lui donne la préférence. Donellus, § 5, 6, se prononce formellement pour cette opinion, que Unterholzner, p. 297, établit de la manière la plus satisfaisante.

(*c*) Au lieu de la fin du même jour. Ces auteurs font ici une exception pour la capacité de tester, qu'ils reculent encore d'un jour. Erb, p. 201, 202; Rheinfelder, p. 111.

(*d*) Rücker, p. 56; Göschen, Vorlesungen, I, p. 593.

des actions, un cas innomé, la plainte en adultère, et l'acquisition de la *bonorum possessio.*

A. Prescription des actions.

L. 6, de O. et A. (XLIV, 7). (Paul., lib. VII, ad Sab.) In omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem (Vulg., *non finitur obligatio*).

Le *novissimus dies* est, comme on l'a vu plus haut, le jour où tombe le terme mathématique. Cela admis, le sens du texte est évident : l'obligation est périmée (*per exceptionem*) quand ce jour du calendrier est totalement écoulé ; jusque-là on peut toujours agir, quel que soit le *momentum temporis* correspondant à celui où le droit d'action a pris naissance. La construction même de la phrase montre que Paul veut exclure une prescription plus courte, qui commencerait, soit avec le jour du calendrier, soit au *momentum temporis*, et ce dernier calcul est celui qui se présentait le plus naturellement (*e*). On oppose à cette interprétation deux objections (*f*). On dit que les mots : *totus* dies *compleatur*, présentent un pléonasme intolérable, et qu'il serait absurde de prolonger le délai au delà du terme calculé rigoureusement ; mais le pléonasme n'existe pas, car on pourrait dire, en parlant du calcul ad

(*e*) Tous les auteurs qui ont traité cette question, et que je cite, notes *b*, *c*, *d*, parlent expressément de ce texte.

(*f*) Erb, p. 202.

momentum : *completur* dies usque *ad momentum*, et le « *totus* completur » exprime le contraste avec précision et sans nul pléonasme. Voici, d'ailleurs, un fait qui tranche la question. Dans un autre texte d'Ulpien nous lisons : minorem annis XVII, qui eos non *in totum complevit* (*g*) ; or, l'expression employée par Ulpien n'est certainement pas indigne de Paul. — La seconde objection a encore moins de valeur, car l'absurdité existe seulement pour ceux qui s'imaginent que la *civilis computatio* doit nécessairement abréger le délai naturel.

Ceux qui adoptent la bonne interprétation restreignent la règle à la prescription des actions personnelles, et la déclarent inapplicable à la *longi temporis præscriptio* contre la réclamation de la propriété (*h*). Sans doute Paul avait directement en vue les actions personnelles : cela résulte de l'*obligatio* mentionnée à la fin du texte. Néanmoins, l'expression *temporales actiones* est tellement générale qu'elle embrasse aussi les *in rem actiones*. D'un autre côté, rien n'empêche de soumettre à un calcul différent la *longi temporis præscriptio* et l'usucapion ; il n'en peut jamais résulter de contradiction dans la pratique, car les deux institutions ne sauraient régir concurremment la même espèce. En effet, là où l'usucapion

(*g*) L. 1, § 3, de postul. (III, 1).
(*h*) Donellus, § 5, 6; Unterholzner, p. 298.

existe, la *l. t. præscriptio* se trouve nécessairement absorbée, et celle-ci n'a jamais été considérée que comme un moyen de suppléer à l'usucapion lorsque manquent ses conditions essentielles.

B. Cas innomé.

L. 101 de R. J. (L. 17). (Paul., lib. sing. de cognitionibus.) Ubi lex duorum mensum facit mentionem, et qui sexagesimo et primo die venerit audiendus est : ita enim Imp. Antoninus cum Divo patre (vulg. *fratre*) suo rescripsit.

Ainsi conçue, cette loi renferme une règle générale d'interprétation pour toutes les lois passées et futures qui soumettent un acte juridique à un délai de *duo menses*, quand elles emploient ces expressions (*facit mentionem*). Personne ne soutiendra sérieusement que Paul ait posé cette règle abstraire, surtout à l'occasion des décrets du peuple, qui, depuis longtemps, ne servaient plus au développement du droit. Ce serait alors une indication de la manière d'entendre et d'appliquer les anciennes *leges* où se trouve l'expression *duo menses*. Mais cela est en soi peu probable, et moins encore dans un ouvrage purement pratique, le *liber sing. de cognitionibus*, qui, vraisemblablement, était un recueil des décisions notables de la cour impériale. Au reste, dans le Digeste, notre texte a ce sens général et abstrait, et il ne se rapporte plus spécialement aux décrets du peuple. Je reviendrai sur cette

observation. Mais, sans aucun doute, Paul parlait d'un passage particulier d'une loi déterminée qu'il avait dû nommer auparavant; or, nous devons tâcher de découvrir quelle est cette loi. On pourrait penser aux 60 jours mentionnés dans plusieurs cas des actions édiliciennes, mais l'édit des édiles ne saurait s'appeler une *lex ;* ou bien aux 60 jours de la *lex Julia de adulteriis,* mais cette loi disait *sexaginta dies* (§ 186, *a*), et la loi que Paul a en vue emploie précisément l'expression *duo menses* (*facit mentionem*); ou bien encore aux *duo menses* à l'expiration desquels le cautionnement donné sans écrit perdait son efficacité; mais cette disposition n'était pas une *lex,* car elle se trouvait dans un édit d'un præfectus prætorio (*i*), édit, selon toute apparence, postérieur au temps où vivait Paul. Il y a bien encore un délai de deux mois pour la vente de l'emphytéose en cas de compensation à opposer au fisc (§ 181, *l, m*), comme pour la vente de la chose donnée en gage par le juge (*k*); mais tout cela est certainement étranger aux décrets du peuple. Selon toute apparence, Paul parle de la règle d'après laquelle celui qui était nommé à des fonctions municipales, et voulait réclamer contre sa nomination, devait le faire *intra duos menses.*

(*i*) L. 27, C. de fidejuss. (VIII, 41).
(*k*) L. 31, de re jud. (XLII, 1).

On trouve effectivement l'expression *duo menses* dans l'ancienne source où la règle même était écrite (*l*), et si l'on ne dit pas que ce fut précisément une *lex*, non un décret ou un sénatus-consulte, nous pouvons supposer, avec beaucoup de vraisemblance, que c'était la *lex Julia municipalis*, cette loi générale des municipes romains (*m*). Cette hypothèse s'applique parfaitement à l'ouvrage de Paul, *de cognitionibus*, d'où est tiré notre texte du Digeste; car les autres fragments du même ouvrage insérés dans le Digeste se rapportent tous à des dispenses, les unes de tutelle (*n*), les autres de fonctions municipales (*o*), et tel serait le texte qui nous occupe.

(*l*) L. 1, C. de temp. et repar. (VII, 63). « Si quis per absentiam nominatus... ad duumviratus... infulas... ex eo die interponendæ appellationis *duorum mensium spatia* ei computanda sunt, ex quo... nominationem didicisse monstraverit » rel. (c'est la L. 10, C. Th. de appell., XI, 30). — L. 2, C. Th. de decur. (XII, 1). « Quoniam dubitasti, utrum ex numero dierum, an ex nominatione Kalendarum computari *duum mensium spatia* debeant » rel. (Cf. § 181, *t*). — L. 19, C. Th. de appell. (XI, 30). « Si ad curiam nominati... putaverint appellandum, *intra duos menses* negotia perorentur. »

(*m*) Zeitschrift f. gesch. Rechtswiss., vol. IX, p. 377. C'est la même loi, dont nous possédons une grande partie sous le nom usité jusqu'ici de tabula Heracleensis.

(*n*) L. 29, de tut. et cur. (XXVI, 5); L. 42, 46, de excus. (XXVII, 1).

(*o*) L. 5, de veteranis (XLIX, 18). — La L. 228, de V. S. (L. 16), du moins, parle aussi du droit municipal.

Nous pouvons donc avec grande vraisemblance en rétablir ainsi le sens primitif.

La réclamation contre la nomination à des fonctions municipales, qui, d'après la *lex* (Julia), doit être présentée dans un délai de *duo menses*, peut être présentée même le soixante et unième jour (*p*).

D'après les motifs développés plus haut (§ 182), le *dies* est ici un jour du calendrier; mais le nombre 61 a de tout temps soulevé des doutes très-naturels, comme inconciliable avec le nombre de 30 jours que l'on assigne ordinairement au mois, et comme contradictoire avec cette autre règle qui veut que la poursuite en adultère soit commencée au plus tard le soixantième jour (*q*). La plupart admettaient donc que, par une faveur particulière, le délai

(*p*) On a très-anciennement rapporté notre texte aux réclamations contre les élections municipales. Déjà la glose avait indiqué ce rapport, car, parmi plusieurs textes parallèles, elle cite aussi la L. 1, C. de temp. et repar. Dans son commentaire sur le titre de R. J., Bulgarus n'avait pas cité cette loi comme texte parallèle. — J. Godefroy, dans son commentaire, a reconnu ce rapport, et de plus il l'a démontré d'une manière convaincante. Seulement il a le tort de conclure du mot *lex* à l'existence d'une disposition législative (hæc reg., uti dixi, est nominatim de *legali* præscriptione *per menses*), sans citer aucun décret spécial du peuple romain, sans même en chercher aucun, bien que Paul ait eu certainement en vue un semblable décret.

(*q*) L. 30, § 1, ad L. Jul. de adult. (XLVIII, 5).

avait été prolongé d'un jour, et, vu la généralité du texte et son opposition avec la règle sur l'adultère, on restreignait la faveur aux cas où la loi parle de *menses*, et non de *dies* (*r*). Une argumentation qui mène à un arbitraire aussi aveugle et aussi mesquin n'a pas besoin d'être réfutée. — D'autres ont pensé que, les mois étant inégaux, ce nombre de 61 jours pouvait être pris comme la durée moyenne de deux mois (*s*); mais cela est en contradiction avec les autres textes où le mois est précisément évalué à 30 jours : une évaluation ainsi isolée paraît donc bien peu vraisemblable. — Enfin on a essayé de changer le texte, d'effacer *primo* et de lire seulement *sexagesimo*. Mais à cette correction on oppose les manuscrits et les anciennes éditions, qui offrent une concordance bien rare quand il s'agit d'un texte difficile (*t*); et si même ils présentaient des variantes, la leçon de 61 devrait être préférée à

(*r*) Déjà la glose parle de cette tolérance, et d'après la glose un grand nombre d'auteurs. J. Godefroy, dans son commentaire, s'étend longuement sur ce sujet, et il distingue les *menses* (non rigoureux) des *dies* (rigoureux).

(*s*) Ce moyen d'expliquer notre texte n'est pas nouveau, et il se trouve notamment dans J. Godefroy. Schrader en a tiré un principe général pour la supputation du mois (cf. § 181, *i*).

(*t*) Rheinfelder, p. 150-161, défend la leçon de *sexagesimo*; mais il ne peut citer à l'appui qu'un manuscrit de Stuttgard, où encore un ancien correcteur a ajouté en marge *primo*. Les anciennes éditions des Basiliques et d'Eustachius portent, il est vrai, 60; mais les nouveaux textes rectifiés portent 61. Basilica

celle de 60, comme plus compliquée. En effet, on conçoit qu'un copiste peu scrupuleux se soit permis d'altérer le texte pour le simplifier, mais non pour le compliquer davantage.

Si l'on veut arriver à résoudre réellement la difficulté, il faut considérer d'abord que Paul a proposé évidemment d'établir un délai plus long comparé à un délai plus court auquel on aurait pu penser également (*u*). — Le *dies* est ici, comme je l'ai déjà observé plusieurs fois, un jour du calendrier. — Pour l'interprétation du nombre, nous pouvons choisir l'une ou l'autre manière de compter. Or, je suppose que Paul a compris dans son calcul le premier jour, c'est-à-dire celui où le duumvir élu a connu sa nomination; le soixante et unième jour du calendrier est alors le *novissimus dies*, celui où tombe le *momentum temporis;* en admettant que la réclamation peut se faire pendant toute la durée de ce jour, c'est-à-dire jusqu'à minuit, Paul calcule le délai précisément comme il le fait dans la L. 6,

ed. Fabrot., I, p. 78, comparée à l'ed. Heimbach, I, p. 71. Eustathius, à la suite des Cujacii Comm. in III libros, Lugd., 1562, p. 91, comparé à l'éd. Zachariæ, p. 149. Déjà Schrader a établi d'une manière convaincante la leçon de *sexagesimo et primo*. Si dans plusieurs manuscrits on ne trouve pas le mot *et* avant *primo*, cela n'a pas la moindre importance.

(*u*) Ce sens ressort clairement des mots : *et* qui... venerit, *audiendus est*. Par là se trouve réfutée d'avance l'opinion de ceux qui le croiraient déjà dépouillé de son droit.

de O. et A., au sujet de la prescription des actions (*v*).

Cette manière de compter semble avoir été la plus usitée; l'on comprend donc que Paul l'ait employée ici. Maintenant il faut expliquer pourquoi il en a préféré une autre dans la L. 134 de V. S. (§ 184). Ce dernier texte parle d'un *anniculus,* et comme chacun savait que le mot *annus* équivaut exactement à 365 jours, le nombre de 366 aurait surpris au premier abord. C'est pour éviter cet inconvénient que Paul a choisi l'autre manière de calculer, où l'on ne compte pas le premier jour du délai; mais cet inconvénient n'était pas à craindre ici. Peut-être on objectera que *mensis* désigne un espace de 30 jours, et qu'ainsi *duo menses* répondent à 60 jours; mais

(*v*) Göschen, Vorlesungen, p. 593, explique très-bien le calcul qui sert de base au nombre 61, mais son système sur la *naturalis* et *civilis computatio* l'empêche d'en tirer un parti convenable. En effet, il place le terme au *momentum temporis,* et, pour concilier cette opinion avec la décision de Paul, il prétend que ces mots : *qui sexagesimo et primo die venerit,* s'appliquent aussi à celui qui paraît *avant* le *momentum.* Mais si Paul avait regardé le *momentum* comme terme, il ne pouvait, sans la plus grande imprévoyance, se dispenser de l'exprimer. L'indétermination de ses paroles implique une véritable généralité; il veut dire que l'on peut paraître à *tous les instants* du soixante et unième jour, par conséquent jusqu'à minuit. — Unterholzner, p. 297, donne de notre texte la même explication que moi, sans entrer dans la discussion des preuves ni dans l'examen des difficultés.

ce n'était là qu'une fiction juridique établie par nécessité. Dans la réalité, les mois avaient une durée inégale, et ainsi le mot *mensis* ne présentait pas immédiatement, comme le mot *annus*, l'idée d'un nombre de jours déterminé. — Voici donc le résultat de cette discussion. Paul ne veut nullement définir le mois ; il suppose cette notion connue de tout le monde; il veut exprimer le principe que celui dont l'action est limitée par un délai peut excercer son action pendant le dernier jour tout entier, et non pas seulement jusqu'au *momentum temporis* ou jusqu'au commencement de ce jour. La forme abstraite sous laquelle ce principe est présenté dans le Digeste lui donne une grande importance; car il ne s'applique plus, comme dans l'ouvrage original, à un rapport de droit particulier, mais à tous les délais en général, et à tout défaut d'agir. En effet, quiconque examinera ce texte sans préventions devra reconnaître que la règle n'est pas restreinte aux délais de deux mois, mais s'applique à tous les délais, quelle que soit leur durée.

§ CLXXXVI. — VI. *Le temps.* 3. *Computation civile.* (Suite.)

C. Plainte en adultère.

L. 30, § 1, ad. L. J. de adult. (XLVIII, 5). (Paul. lib. 1, de adulteriis.) Sexaginta dies a divortio numerantur : in diebus autem sexaginta et ipse sexagesimus est.

La *Lex Julia de adulteriis* réservait pendant un certain temps au mari et au père de la femme adultère le droit exclusif de porter plainte contre elle; ce temps expiré, les étrangers pouvaient aussi intenter l'accusation. Ce délai était littéralement fixé à *sexaginta dies* (*a*); or Paul dit ici que le *sexagesimus dies* est compris dans les *sexaginta*, et par là il condamne ouvertement ceux qui prétendraient que le *sexagesimus dies* n'est pas compris dans le délai. Le jour dont il s'agit ici est évidemment un jour du calendrier, et non un jour mobile, car autrement notre texte aurait ce sens ridicule et trivial : les 60 jours accordés ne se réduisent pas à 59. — Quel est maintenant le jour dont parle le jurisconsulte? Quoique la chose puisse surprendre au premier abord, c'est

(*a*) L. 4, § 1; L. 11, § 6; L. 15, pr.; L. 29, § 5; L. 30, § 1, ad L. Jul. de adult. (XLVIII, 5). Ces expressions étaient évidemment celles de la loi; leur répétition littérale si fréquente ne permet pas d'en douter.

encore le *novissimus dies*, précisément celui que dans la L. 101 de R. J. il appelle *sexagesimus et primus*, mais en comptant le premier jour, tandis qu'il ne le compte pas dans la loi qui nous occupe. Paul avait, pour adopter cette manière de calculer, le même motif que nous avons reconnu plus haut (§ 184) au sujet du mot *anniculus ;* il a voulu éviter, en désignant le *novissimus dies*, une apparence de contradiction avec les termes de la loi, qui parle de *sexaginta dies*. N'eût-il pas été en effet par trop singulier de dire : In diebus sexaginta *et ipse sexagesimus et primus est?* Si l'on rejette cette explication très-naturelle, selon moi, et que l'on veuille établir une différence essentielle entre la décision de la L. 101 de R. J. et celle de la L. 30 ad L. J., on ne saurait donner aucune raison satisfaisante de cette différence, et l'on est forcé d'admettre une inconséquence et un arbitraire que l'on déguise mal en alléguant une prétendue faveur, etc.

D. Délai de la *bonorum possessio*.

La *bonorum possessio* devait être demandée au préteur dans les délais très-courts fixés par l'édit, c'est-à-dire, pour les ascendants et les descendants, une année; pour les collatéraux et les étrangers, cent jours. Voici les termes de l'édit : *intra* annum, *intra* centum dies (*b*). Quand l'ap-

(*b*) Ulpian., XXVIII, § 10. « B. P. datur parentibus et liberis

pelé se présentait à la fin du délai, on pouvait demander s'il venait en temps utile. Le texte suivant se rapporte à ce sujet.

L. 1, § 9, de succ. ed. (XXXVIII, 9). (Ulp., lib. XLIX, ad Ed.) Quod discimus, *intra dies centum* bonorum possessionem peti posse, ita intelligendum est, ut *et ipso die centesimo* bonorum possessio peti possit : quemadmodum intra Kalendas etiam ipsæ Kalendæ sint. Idem est, et si *in* diebus centum dicatur.

Ce texte a tant d'analogie avec la L. 30 ad L. J. de adult. qu'il me suffit presque de renvoyer à l'interprétation que j'ai donnée plus haut de cette loi. Ici encore le jurisconsulte veut assigner au délai un terme plus long que celui qu'on aurait pu supposer; ici encore il ne compte pas le jour où la *bonorum possessio* a été déférée à l'appelé, et il nomme *centesimus* le jour qu'il aurait pu aussi bien qualifier de *novissimus* ou *centesimus et primus*. Il emploie cette manière de calculer pour conformer ses expressions à celles de l'édit (*intra dies centum*), et éviter l'apparence d'une contradiction. Quand il dit que

intra annum... ceteris *intra centum dies.* » — L. 5, pr. quis ordo (XXXVIII, 15). « non cedent dies centum... præteritis autem centum diebus... » — Surtout la L. 30, § 1, transcrite dans le texte. — Quand donc on trouve ailleurs : intra *centesimum* diem, on doit y voir le sens, mais non les termes de l'édit. L. 2, § 4, quis ordo (XXXVIII, 15); L. 1, § 8, de succ. ed. (XXXVIII, 9).

le *novissimus* (ou *centesimus*) *dies* fait partie du délai, cela signifie que ce jour y est compris tout entier jusqu'à minuit, et ce texte se trouve ainsi parfaitement d'accord avec les trois autres qui précèdent. Seulement, Ulpien croit devoir prévenir une objection. Les mots *intra* dies centum n'expriment pas, dit-il, un délai moindre de cent jours, et qui finirait avec l'avant-dernier; le délai se prolonge au contraire jusqu'aux dernières limites des cent jours calculés juridiquement. Il invoque en outre l'analogie de cette locution *intra Kalendas,* qui ne signifie pas jusqu'aux calendes exclusivement (pridie), mais y compris le jour même des calendes tout entier.

Je finis par une observation générale sur les différents textes que je viens d'interpréter. Peut-être, dira-t-on, ces deux manières de désigner les nombres, employées alternativement, prêtent à l'équivoque, et indiquent un défaut de prévoyance peu présumable chez les jurisconsultes romains. Pour que l'objection fût fondée, il faudrait que le doute eût porté sur le jour de l'expiration du délai, et que les auteurs de ces textes eussent eu à décider si le délai expire le jour même, la veille ou le lendemain. Mais telle n'était point la difficulté. Partout ils supposent, comme une chose certaine et bien connue, qu'il s'agit du *novissimus dies;* seulement, suivant les cas, ils croient nécessaire de déterminer si le

terme juridique du délai se place au commencement ou à la fin de ce jour, ou bien à une époque intermédiaire, au *momentum temporis*. Ce jour n'offrant jamais d'incertitude, ils n'avaient pas besoin de le désigner avec une exactitude rigoureuse, et ils pouvaient bien adopter, suivant les cas, la désignation qui concordait le mieux avec les termes dont se servait la *lex* ou l'édit pour fixer le délai.

Dans les quatre textes que je viens d'expliquer (§ 185, 186), et où la perte d'un droit est subordonnée à l'expiration d'un délai, le terme juridique se place à minuit qui suit le *momentum temporis*. Nous sommes d'autant plus autorisés à appliquer la même règle à tous les cas semblables que l'un de ces textes (la L. 101 de R. J.) n'est pas, dans le Digeste, restreint à un rapport de droit spécial, mais nous apparaît comme un principe général qui embrasse tous les cas de la même nature.

§ CLXXXVII. — VI. *Le temps*. 3. *Computation civile*. (Suite.)

La minorité, comme motif d'une restitution, est soumise à une autre règle que les cas précédents. En effet, quand il s'agit de savoir si un individu âgé de 25 ans doit être restitué contre un acte fait le jour anniversaire de sa naissance,

le terme juridique n'est point le commencement de ce jour, comme pour l'usucapion, ni la fin, comme pour la prescription des actions, mais bien le *momentum temporis*, c'est-à-dire l'heure qui correspond exactement à l'heure de la naissance. Voici le texte remarquable où ce principe est nettement posé : L. 3, § 3, de minor. (IV, 4). (Ulpian., lib. XI, ad Ed.) Minorem autem XXV annis natu, videndum, an etiam die (*a*) natalis sui adhuc dicimus, ante horam qua natus est, ut si captus sit restituatur : et cum nondum compleverit, ita dicendum, *ut a momento in momentum tempus spectetur*.

Ce texte, quant au sens, ne présente aucune incertitude; mais il est assez difficile de lui assigner un motif qui exclue en même temps les deux autres manières de compter. Au premier abord, on pourrait être tenté de regarder la fin de la minorité comme l'acquisition d'un droit, car le majeur devient habile à faire des actes qui

(*a*) Le manuscrit de Florence portait d'abord *an etia diem*, mais anciennement un *m* fut ajouté à *etia*, ce qui fit : *an etiam diem*. Si l'on néglige la lettre ajoutée et que l'on transporte le *m* final de *diem* à *etia*, on obtient d'une manière fort simple une leçon satisfaisante, celle donnée dans le texte et déjà proposée par Cujas. Cette leçon est très-différente de celle de Haloander, et plus encore de celle proposée par Wenk (Vacarius, p. 205 sq.), où l'on trouve de riches matériaux pour la critique de ce passage. Mais cette critique est étrangère à mon sujet.

offrent à l'autre partie entière sécurité, tandis que la crainte de la restitution peut empêcher de contracter avec un mineur. Ainsi envisagée, la majorité se placerait sur la même ligne que l'usucapion et la capacité de tester; on devrait donc, par analogie, faire remonter le terme juridique à minuit qui précède le terme mathématique, et le délai se trouverait ainsi abrégé. — D'un autre côté, l'on peut dire que le majeur est dépouillé d'un droit, celui qui le protégeait contre les suites d'un acte irréfléchi. On devrait alors, par analogie de la prescription des actions, placer le terme juridique à minuit qui suit le terme mathématique, et la minorité se trouverait ainsi prolongée. — Néanmoins l'analogie ne serait pas complète, car, en matière de prescription ou autres cas semblables, la perte du droit tient à un défaut d'agir, tandis que la perte résultant de la majorité tient à un événement naturel, indépendant de la volonté. Peut-être aussi la restitution, étant un droit tout à fait anomal, semblait-elle peu susceptible d'une pareille extension.

Voilà sans doute les considérations diverses qui auront déterminé les juriconsultes romains à abandonner ici l'une et l'autre computation civile, celle qui abrége et celle qui prolonge le délai, et à prendre le terme mathématique comme limite de l'âge où l'on peut se faire restituer. Ici

se représentent nécessairement tous les inconvénients signalés plus haut (§ 181). Dans l'application, voici comment se passent les choses. La question ne peut se présenter que quand un ci-devant mineur demande sa restitution. Celui-ci doit alors établir devant le juge que l'acte litigieux a été passé avant l'heure qui correspond à l'heure de sa naissance. S'il ne parvient pas à fournir cette preuve, et que l'un des deux termes reste douteux, la condition de la restitution n'existant pas, l'acte demeure valide, et le résultat est le même que si la majorité eût commencé dès minuit, comme lorsqu'il s'agit de la capacité de tester.

Une chose bien digne de remarque, c'est que dans les sources du droit ce cas est le seul où on fasse l'application du calcul rigoureusement exact (*a momento ad momentum*) (*b*), tandis que, dans un grand nombre de cas d'une nature différente, nous voyons employer le calcul qui abrége ou prolonge le délai, en plaçant le terme juridique à minuit qui précède ou qui suit le terme mathématique. De là il résulte évidemment que le

(*b*) Ce cas est certainement le seul où la chose se trouve clairement exprimée, et le seul en général d'après l'interprétation que je donne des autres textes. Plusieurs auteurs ont, il est vrai, essayé, par une interprétation forcée, d'appliquer ce calcul aux textes qui prononcent la déchéance d'un droit pour cause de négligence, § 185, *d. v*.

calcul rigoureux accepté comme une nécessité fâcheuse doit être appliqué dans des limites aussi étroites que possible. — J'ajoute enfin que, dans cette application unique du calcul *ad momenta*, il s'agit d'un délai qui se compte par années ; si le délai se fût compté par jour ou par mois, l'application du calcul *ad momenta* eût été pour les Romains une chose presque impossible (§ 181, *x*).

§ CLXXXVIII. — VI. *Le temps*. 3. *Computation civile*. (Suite.)

Je viens de passer en revue plusieurs institutions importantes, et j'ai essayé de fixer le terme juridique des délais ; il me reste à établir les règles applicables aux autres institutions, sur lesquelles on ne trouve pas dans les sources du droit de dispositions formelles.

Les règles établies en cette matière par les auteurs ne me paraissent nullement satisfaisantes. On a dit que la *naturalis computatio* était la règle applicable partout où la *civilis* ne se trouvait pas établie comme exception. Cette doctrine repose sur l'idée erronée que la computation civile a pour but de favoriser certaines personnes, et constitue ainsi une espèce de privilége ; mais elle n'a en réalité d'autre objet que de faciliter à toutes

les parties l'établissement de leurs droits. Ensuite, cette doctrine est en contradiction avec le fait que nous avons constaté, que dans une foule de cas les Romains admettent la computation civile, et dans un cas seulement le calcul rigoureux *ad momenta*.

D'autres prétendent que la computation civile s'applique aux institutions du *jus civile*, et la computation naturelle aux institutions du *jus gentium* (*a*). Cette opinion ne se fonde que sur la consonnance des mots, sans parler du défaut d'authenticité des expressions *civilis* et *naturalis computatio* (§ 182). Ici l'on suppose tacitement que la computation appelée *civilis* est une subtilité du *jus civile ;* mais ce n'est qu'une appréciation plus libre du rapport de droit admise pour le besoin de la pratique ; or, le *jus gentium* est précisément celui qui, par sa nature, se prête le mieux à cette liberté d'appréciation.

D'autres pensent que la *civilis* ou *naturalis computatio* s'applique selon la faveur ou la défaveur que mérite le titulaire du droit contesté (*b*). Ceux-là sont plus près de la vérité ; seulement ils ne devraient pas borner cette distinction au calcul *ad momenta*, ils devraient reculer le terme encore davantage.

(*a*) Noodt, Comm. in Pand. tit. de minoribus. Rheinfelder, p. 16.

(*b*) Rücker, p. 70.

Le procédé le plus sûr est celui dont j'ai déjà fait l'essai (*c*) : chercher dans les décisions des sources les règles applicables aux cas non prévus. Cette méthode nous donne tout d'abord deux règles fort simples, qui embrassent la plupart des cas, et ne laissent ainsi que peu de place à des recherches ultérieures.

Première règle. — Celui à qui l'expiration d'un délai confère un droit peut exercer ce droit aussitôt que commence le dernier jour du calendrier. Telle est la règle que nous avons vue plus haut appliquée à l'usucapion, à l'affranchissement, à l'*anniculus* et à la capacité de tester. Elle doit en outre s'étendre aux cas suivants.

1) La capacité de contracter mariage. De même que la capacité de tester, elle doit, d'après notre règle, commencer avec le jour anniversaire de la naissance (*d*). L'intérêt pratique de cette règle se montre quand, le mariage ayant été contracté dans la première moitié du jour et avant le *mo-*

(*c*) § 184, in f.; § 186, in f.

(*d*) L. 4, de ritu nupt. (XXIII, 2). « cum apud virum *explesset* duodecim annos. » — L. 24, C. de nupt. (V, 4) : ... tempus... in quo nuptiarum ætas, vel feminis *post duodecimum annum* accesserit, vel maribus *post quartum decimum annum completum...* » Ces expressions ne décident rien pour notre question, car elles se trouvent dans des textes où il ne s'agit pas de fixer rigoureusement le terme ni de choisir entre plusieurs manières de calculer. — Ici Rücker, p. 54, compte *ad momenta*.

mentum de la naissance, il intervient immédiatement une donation entre les époux : cette donation serait nulle. Dans les mêmes circontances, si l'un des époux mourait aussitôt après la célébration du mariage, les droits résultant du mariage, notamment ceux relatifs à la dot, seraient acquis à l'époux survivant.

2) La durée de l'année de deuil. Si donc une veuve, l'anniversaire de la mort de son premier mari et avant l'heure de cette mort, contracte un second mariage, elle n'encourt pas les peines établies pour la violation du deuil.

3) D'après l'ancien droit, la réclamation de la dot, quant à l'argent comptant et autres biens de même nature, pouvait se faire *annua, bima, trima die* (*e*). Ce droit pouvait donc s'exercer dès le commencement du jour, sans égard à l'heure de la mort ou de la dissolution du mariage. Cette application de la règle n'offre dans la pratique qu'un intérêt secondaire.

4) Pour postuler en justice il fallait avoir atteint dix-sept ans (*f*). Cette capacité commen-

(*e*) Ulpian., VI, § 8.

(*f*) L. 1, § 3, de postul. (III, 1) : « minorem annis decem et septem, qui eos *non in totum complevit*, prohibet postulare. » Ce texte ne parle pas de la fixation précise du terme dans le courant du dernier jour : l'intérêt eût été trop minime ; mais il parle du complément de l'année en général, et exclut celui qui, ayant bientôt 17 ans, pourrait, par analogie de l'*impubes pubertati proximus*, essayer de postuler. Ici encore Rücker, p. 53,

çait donc avec le jour anniversaire de la naissance, sans égard à l'heure de la naissance. La règle souffre exception quand la loi décide expressément que le délai doit être dépassé ; ainsi l'exemption des fonctions municipales et des tutelles n'était accordée qu'au *major* septuaginta annis (§ 182 *d*). Quand donc une tutelle est déférée à un individu âgé de soixante-dix ans le jour même de sa naissance, il ne jouit pas de l'exemption, car l'exemption ne lui est acquise que le lendemain du jour de sa naissance (*g*).

Seconde règle. — Quand la perte d'un droit est subordonnée à une inaction prolongée pendant un certain temps, celui dont le droit est compromis peut agir tant que dure le dernier jour du calendrier, et la perte du droit n'est consommée qu'après l'expiration de ce jour. Nous avons vu cette règle appliquée à la prescription des actions, à la plainte en adultère, à la *bonorum possessio*, et en outre dans un texte auquel le droit Justinien a donné un caractère de généralité. Cette règle est encore applicable dans les cas suivants.

1) La prescription de dix-huit mois établie par l'ancienne procédure pour les *legitima judi-*

compte *ad momenta.* En semblable matière ce calcul est une minutie.

(*g*) L. 2, pr. de excus. (XXVII, 1).

cia (*h*). Ainsi donc, le *judex* pouvait encore rendre sa sentence le dernier jour du calendrier.

2) La restitution, dont les quatre années ont ici la même nature que la prescription des actions.

3) Les motifs pour lesquels on est dispensé d'accepter une tutelle, et que l'on doit présenter dans un délai de 50 jours.

4) L'inventaire d'une succession, qui doit être commencé dans un délai de 30 jours et terminé dans les 60 jours suivants. L'ouverture, comme la clôture de l'inventaire, peut avoir lieu le dernier jour du calendrier. Cela suffit pour éviter la déchéance.

5) Les délais de procédure fixés soit par la loi, soit par les tribunaux. Parmi toutes les applications des règles relatives au terme des délais juridiques, celle-ci est la plus fréquente et la plus importante. Par bonheur, les preuves à l'appui de la doctrine que j'ai essayé d'établir ne sont nulle part aussi fortes et aussi multipliées (*i*).

(*h*) Gaius, IV, § 104.

(*i*) A l'appui de cette application, on cite souvent la L. 1, si quis caut. (II, 11), qui n'a rien de commun avec elle. Le préteur fait promettre à un défendeur, dont le domicile est éloigné, de comparaître en justice, en prenant pour son voyage un jour par vingt milles romains, mais sans compter ni le jour de la stipulation, ni celui de la comparution. Cela veut dire uniquement que le défendeur n'est pas tenu de comparaître

Ainsi, elle est confirmée par l'autorité des praticiens les plus distingués ; seulement elle est présentée sous une forme qui peut faire aisément oublier qu'il s'agit en réalité de la même règle dont nous trouvons tant d'applications dans le droit romain. En effet, ces auteurs enseignent que les délais de procédure se comptent, non pas du jour où ils sont assignés, mais seulement du lendemain (*k*). Ainsi exprimée, la règle ne semble plus qu'une faveur accordée arbitrairement et sans motif à l'une des parties ; aussi d'autres auteurs ont-ils attaqué cette règle au nom d'une théorie prétendue rigoureuse (*l*). Néanmoins, il n'y a pas là autre chose que ce principe du droit romain d'après lequel, en matière de prescription, etc., l'ayant droit peut agir pendant tout le dernier jour du calendrier. En effet, dire qu'un délai commence du moment où il est déterminé, mais se prolonge pendant tout le dernier jour du calendrier, ou bien comp-

en justice le soir du dernier jour de son voyage, et cette décision n'a aucun rapport avec la manière de calculer le terme d'un délai.

(*k*) Böhmer, Jus. eccl. Prot. lib. 2, tit. 14, § 5, « *post diem insinuationis* dilatio præscripta currere incipit. » Voetius, II, 12, § 14 ; Gensler, Archiv, vol. IV, p. 197.

(*l*) Glück n'avait d'abord exposé que la doctrine ordinaire des praticiens (vol. III, p. 267). Dans la suite, au sujet des excuses (vol. XXXII, p. 101-103), il déclare cette doctrine dominante dans la pratique, mais fausse en théorie.

ter le nombre de jours à partir du lendemain, le résultat est absolument le même.

Enfin, cette doctrine est confirmée par la pratique constante des tribunaux. Ainsi, quand, le 5 septembre, on donne un délai d'un mois pour faire un acte de procédure, le juge doit examiner si l'acte a été fait au plus tard le 5 octobre, sans tenir compte de l'heure à laquelle le délai a commencé de courir; or, tel est précisément le sens et le résultat de la règle que j'établis ici pour les délais de procédure, par analogie de la prescription des actions. Le délai d'appel de dix jours se compte, il est vrai, *ad momenta* (*m*), mais il faut que l'heure de l'insinuation du jugement ait été constatée d'une manière authentique, comme on avait coutume de le faire autrefois; si, au contraire, le jour, et non pas l'heure de l'insinuation, se trouve seul mentionné dans les actes, et tel est l'usage actuel, les dix jours, à partir de l'insinuation, se comptent sans avoir égard à l'heure de l'insinuation (*n*), et cela vient encore confirmer notre règle.

Il me reste maintenant à examiner s'il n'y a pas des cas où l'on ne doive appliquer aucune des

(*m*) On se fonde sur ces mots de la Nov. 23, C. 1, « intra decem dierum spatium, *a recitatione sententiæ numerandum;* » mais en réalité ces mots se prêtent aussi bien au calcul *ad dies* qu'au calcul *ad momenta*.

(*n*) Böhmer, Jus. eccl. Prot., lib. II, t. 48, § 48.

deux règles précédentes, mais le calcul *ad momenta*, par analogie de la minorité comme condition de la restitution.

D'abord se présente la minorité comme motif et condition de la curatelle. Il ne s'agit pas ici de savoir si le mineur peut prendre l'administration de ses biens un jour plus tôt ou plus tard, car le jour litigieux serait certainement écoulé avant la décision du procès. L'intérêt pratique de la question porte sur les aliénations faites le jour anniversaire de la naissance par le mineur sans son curateur, ou par le curateur sans son pupille. La validité de l'aliénation dépend du moment où finit la curatelle : avant, le mineur ne peut pas encore aliéner ; après, le curateur ne le peut plus. Suivant moi, on irait contre la nature des choses en adoptant pour la curatelle un autre terme que pour la restitution, car ces deux institutions ont un but identique, celui de protéger les mineurs contre des actes préjudiciables ; les moyens employés pour y parvenir et les formes seules diffèrent. Ainsi donc la curatelle finit à l'heure de la naissance (*ad momentum*) ; s'il y a doute sur ce point, le demandeur doit prouver son allégation ou succomber dans sa demande.

La même question, fondée sur le même intérêt, se présente au sujet de la puberté, qui donne au pubère la capacité d'agir, et d'où dépend

la fin de la tutelle et des droits du tuteur (o). Au premier abord, il semblerait naturel d'adopter ici la même règle que pour la capacité de tester, et de faire commencer la capacité à minuit qui précède l'heure de la naissance, ou même, suivant quelques auteurs, un jour encore plus tôt. Mais en examinant la chose plus attentivement, on reconnaît une différence, car la tutelle protége l'impubère contre des dangers que ne présente pas la capacité de tester. D'un autre côté, l'analogie entre la tutelle et la curatelle est si évidente que je crois plus conforme aux principes d'adopter en droit romain, pour la fin de la tutelle, le calcul *ad momenta*. — Au reste, cette question ne peut plus se présenter sous l'empire du droit actuel, car, la tutelle des impubères se confondant avec la curatelle des mineurs, toutes deux finissent en même temps. Chez les Romains, cette question, relativement à la tutelle, n'offrait aussi qu'un intérêt secondaire. En effet, comme l'impubère passait immédiatement à l'état de mi-

(o) Ici on pourrait essayer d'abord de décider la question d'après les dispositions législatives sur la fin de la tutelle, pr. J. quib. modis tut. (I, 22), « post annum XIV *completum*. » L. 3, C. quando tut. (V, 6), *post excessum* XIV annorum... post *impletos* XII annos. » Mais ces textes n'ayant pas pour objet spécial de trancher notre question, et n'ayant pas directement en vue l'opposition entre diverses parties du dernier jour, on ne saurait attacher d'importance à leurs expressions. Cf. Koch, p. 71-73; Erb, p. 239.

neur, il avait pour protection contre son imprévoyance, d'abord la restitution, et plus tard la curatelle. Ensuite, il paraît que dans les temps anciens la fin de la tutelle n'était pas déterminée uniquement par l'âge, mais se rattachait à la prise de la robe virile, c'est-à-dire à un acte solennel, et dont l'époque variait suivant la volonté des individus (§ 109).

Dans les cas où il ne s'agit pas de l'expiration entière d'une période déterminée, mais d'un temps à prendre dans un certain délai (§ 177), voici comment les règles précédentes doivent s'appliquer d'après leur esprit général. Celui dont le droit est subordonné à une semblable condition peut choisir dans toute la durée du dernier jour le moment qui lui est le plus avantageux. Aussi, quand il s'agit d'établir la légitimité d'un enfant comme né 182 jours après le mariage, le mariage peut avoir été contracté le soir, et la naissance avoir eu lieu le matin. Réciproquement, celui dont le cheval a été tué le soir, pour établir sa plus grande valeur pendant l'année, peut remonter jusqu'au matin du jour du calendrier qui correspond au jour où le cheval a été tué. Ainsi donc, cette manière de calculer, comparée au calcul mathématique, dans le premier cas abrége un peu les 182 jours, dans le second cas prolonge un peu l'année.

Enfin, on peut demander comment il faut

établir le terme juridique des délais en dehors du droit romain.

Dans l'ancien droit germanique on trouve fréquemment des jours de grâce (*p*). On pourrait essayer de les ramener au point de vue sous lequel nous avons envisagé la prescription des actions en droit romain, et le calcul des délais; mais je n'ose rien avancer sur ce point.

Le Code prussien, en adoptant les principes que j'ai tâché d'établir pour le droit romain, les a généralisés davantage. Tout délai expire au commencement du dernier jour, s'il s'agit d'un droit à acquérir (*q*); à la fin du dernier jour, s'il s'agit de la perte d'un droit (*r*). Le calcul *ad momenta* n'est adopté dans aucun cas. Ainsi, par exemple, la capacité d'agir commence pour les mineurs avec le jour anniversaire de leur naissance (*s*), et dès lors ce changement est regardé comme pure acquisition d'un droit.

Le Code civil français a généralisé la règle établie par le droit romain pour les pertes résultant du défaut d'agir; ainsi, tous les délais juridiques finissent à l'expiration du dernier jour, c'est-à-dire à minuit qui suit le terme mathématique (*t*).

(*p*) Grimm, Rechtsalterthumer, p. 221.

(*q*) A. L. R., I, 3, § 46.

(*r*) A. L. R., I, 3, § 47; I, 9, § 547, 549.

(*s*) A. L. R., I, 5, § 18.

(*t*) Code civil., art. 2260, 2261. « La prescription se compte

Tous les délais sont donc plus ou moins prolongés, sauf les cas très-rares où le jour mobile se trouve concorder exactement avec le jour du calendrier. Mais le législateur a voulu changer à cet égard les dispositions du droit romain, et il a agi en parfaite connaissance de cause (*u*).

§ CLXXXIX. — VI. *Le temps.* 4. *Utile tempus.*

Textes principaux :

L. 1, de div. temp. præscr. (XLIV, 3).

L. 2, quis ordo (XXXVIII, 15).

Auteurs :

Donellus, XVI, 8, § 17.

Haubold, opuscula, t. I, p. 397-438 (1791). Cf. Wenck, præfatio, p. XXX.

Chr. G. Gmelin, über die stete und zusammengesetzte Zeit, dans : Danz, Gmelin und Ta-

par jours, et non par heures. — Elle est acquise lorsque le dernier jour du terme est accompli. » — Ces mots : *le dernier jour*, pris en eux-mêmes, pourraient être équivoques; mais on voit, par leur liaison avec les articles précédents, que c'est le jour du calendrier. — Ces articles rentrent dans les dispositions générales sur le temps requis pour prescrire; ainsi donc ils s'appliquent à l'usucapion comme à la prescription. Le but du législateur étant de simplifier, on doit sans aucun doute étendre ces dispositions à l'expiration de tous les délais juridiques.

(*u*) Code civil suivi des motifs, t. VII, p. 148 (discours de Bigot-Préameneu). Maleville, t. IV, p. 148.

finger, critisches Archiv der jur. Lit. Tubingen. 1802, vol. II, p. 193-244.

La computation civile, dont j'ai parlé jusqu'ici comme d'une modification de la computation régulière, pouvait s'appliquer à toute espèce de délais; la seconde modification possible dont je vais m'occuper, l'*utile tempus,* se trouve, de sa nature, restreinte aux seuls cas où la perte du droit résulte de l'inaction du titulaire (§ 177). En effet, quand l'inaction tient à un obstacle invincible, l'équité veut que, dans la supputation du délai, l'on tienne compte de cet obstacle (*a*), et que l'on prolonge le délai de tout le temps où il a été impossible d'agir. Quand cette modification est admise, le temps s'appelle *utile tempus;* quand on ne tient pas compte des obstacles, le temps s'appelle *continuum* (*b*). Ces prolongations

(*a*) L'expression technique est : *dies cedunt, non cedunt*. Cf. les principaux textes cités.

(*b*) *Tempus* utile, continuum, L. 2, quis ordo (XXXVIII, 15). — *Dies* utiles, dans les deux textes principaux, et au § 16, J. de excus. (I, 25). — *Menses,* L. 19, § 6, de ædil. ed. (XX, 1); L. 29, § 5, ad L. Jul. de adult. (XLVIII, 5). — *Annus,* L. 19, § 6, de ædil. ed. (XXI, 1); L. 8, C. de dolo (II, 21). — *Biennium* continuum, L. 8, C. de dolo (II, 21). — *Quadriennium*, L. 7, C. de temp. in int. rest. (II, 53). — *Quinquennium,* L. 29, § 5; L. 31, ad L. Jul. de adult. (XLVIII, 5). — Relativement à cette manière de compter, on trouve aussi le substantif *utilitas* temporis, L. 2, § 3, quis ordo (VIII, 15), et, relativement à l'autre manière de comp-

de délai ne se calculent jamais que jour par jour, mais par jours entiers, lors même que le délai se compterait par mois ou par années (*c*). Cette computation équitable s'applique en vertu d'une règle générale (*ipso jure*). Tel est son caractère spécial, et en cela l'*utile tempus* se distingue de la restitution, qui suppose toujours une décision du magistrat rendue sur un rapport de droit déterminé.

On se tromperait beaucoup si, d'après cette définition sommaire de l'*utile tempus*, on le croyait applicable à tous les cas compris dans cette catégorie. Mais la définition envisagée né-

ter : *continuatio* temporis, L. 7, pr. C. de temp. in int. rest. (II, 53).

(*c*) L. 2, pr. quis ordo (VIII, 15). « Utile tempus est bonorum possessionum admittendarum. Ita autem utile tempus est, *ut singuli dies utiles sint :* scilicet ut per singulos dies et scierit et potuerit admittere. Ceterum *quacumqua die* nescierit, aut non potuerit, nulla dubitatio est, quin *dies ei non cedat.* » Ce délai était, suivant les différents cas, d'un an ou de cent jours. On doit sans doute étendre aux prescriptions la règle établie ici pour la B. P. — Si l'empêchement survient au milieu d'un jour, ce jour ne doit pas être compté, parce que la règle accorde pour agir un certain nombre de jours *complets,* et celui où survient l'empêchement n'est pas complet. Rheinfelder, p. 16, 17, veut que l'on compte les heures et les minutes; un pareil calcul serait, non-seulement par trop minutieux et contraire aux termes du texte cité, il serait encore inexact; car le temps consacré chaque jour aux affaires est évidemment moindre de 24 heures, et ne peut être ramené à un nombre d'heures déterminé.

gativement peut servir à exclure avec certitude tous les cas placés en dehors de cette catégorie. Ainsi l'ancienne usucapion des choses mobilières ne durait qu'une année; la brièveté de ce délai aurait pu engager à admettre ici un *utile tempus;* néanmoins on n'en fit rien (*d*), par cette raison bien simple que l'usucapion se fonde essentiellement sur la possession de l'acquéreur, et non sur l'inaction de l'ancien propriétaire; car cette inaction est une circonstance secondaire, et qui, le plus souvent, n'existait pas dans l'ancien droit (*e*). Prise dans son sens positif, la définition ne peut être employée qu'avec beaucoup de réserve. En effet, dans les cas mêmes qu'elle spécifie, il faut indispensablement, pour qu'il y ait lieu à appliquer l'*utile tempus*, la réunion des circonstances suivantes.

1) Il faut que l'acte doive se faire devant un magistrat. Ainsi donc l'*utile tempus* ne s'appli-

(*d*) L. 31, § 1, de usurp. (XLI, 3). « In usucapionibus mobilium continuum tempus numeratur. » Ce texte se rapporte à l'ancienne usucapion d'un an, et il avertit de ne pas appliquer à cette usucapion l'*utile tempus* des actions annuelles.

(*e*) Si la chose soumise à l'usucapion était déjà *in bonis*, souvent il n'y avait pas d'adversaire; quant à l'usucapion du *b. f. possessor*, la seule conservée dans le droit nouveau, elle implique toujours un adversaire; mais sa négligence est d'un intérêt si secondaire, et tellement indifférente pour l'essence de l'usucapion, que ses diligences mêmes, c'est-à-dire une revendication, n'interrompaient pas l'usucapion commencée.

que pas au délai d'un an pour délibérer (*f*), aux délais dans lesquels l'inventaire après décès doit être commencé et terminé (*g*), aux 30 jours dans l'intervalle desquels la femme divorcée doit dénoncer sa grossesse au mari (*h*).

Mais l'*utile tempus* ne s'applique même pas à tous les actes qui se font devant un magistrat ; ainsi, nommément, les 50 jours dans lesquels les excuses de tutelle doivent être présentées aux tribunaux sont *continui* (*i*). Restent donc, à proprement dire, pour l'application de l'*utile tempus*, les deux cas principaux auxquels se rapportent les textes cités en tête de ce paragraphe, l'acquisition de la *bonorum possessio* et la prescription des actions. Il faut encore ajouter un certain nombre de cas qui se rattachent à la prescription ou ont de l'analogie avec elle : les 60 jours et les quatre mois pour la plainte en adul-

(*f*) L. 19, C. de jure delib. (VI, 30). Le délai pour délibérer étant réglé par le juge, et non par la loi, n'a en soi rien de commun avec l'*utile tempus;* il s'agit ici du droit de transmission résultant de ce délai.

(*g*) L. 22, C. de jure delib. (VI, 30).

(*h*) L. 1, § 9, de agnoscendis (XXV, 3). Dies autem triginta continuos accipere debemus ex die divortii, non utiles. » Les §§ 1, 3, 4, eod., déterminent le sens de ces trente jours.

(*i*) § 16, J. de excus. (I, 25). « intra dies quinquaginta continuos, ex quo cognoverunt se tutores datos, excusare se debent. » L. 13, § 9, eod.

tère (*k*); les deux et trois jours pour appeler d'après l'ancienne procédure (*l*); l'ancienne déchéance en matière de restitution, quoique ce ne soit pas une prescription proprement dite (*m*); enfin, l'*annalis exceptio italici contractus*, abolie par Justinien (*n*). Tout cela est étranger au droit actuel; nous n'avons donc à nous occuper que de la *bonorum possessio* et de la prescription.

2) L'*utile tempus* est seulement applicable

(*k*) L. 11, § 5, 6; L. 29, § 5, ad L. Jul. de adult. (XLVIII, 5).

(*l*) Deux jours, non compris celui du jugement, si la partie avait comparu en personne; trois jours si elle avait plaidé par procureur. L. 1, § 5, 6, 11-15, quando appellandum sit (XLIX, 4). On lit au § 6 : *Dies* autem istos, quibus appellandum est, ad aliquid *utiles esse* oratio D. Marci voluit, si forte ejus a quo provocatur copia non fuerit » (néanmoins, d'après le § 10, il faut aussi que l'appelant n'ait pu avoir accès auprès du juge supérieur). Ces mots *ad aliquid* seront expliqués plus bas. — Peut-être voudra-t-on appliquer cette règle au nouveau délai de dix jours accordé pour interjeter appel; mais cela ne me paraît pas sans difficulté, surtout parce que, dans la substitution des dix jours aux deux ou trois jours, nous retrouvons la même proportion que dans le changement de l'*annus utilis* de la restitution en un *quadriennium continuum*. Au reste, en pareil cas, la restitution ne pourrait guère être refusée à l'appelant.

(*m*) C'est un *annus utilis* auquel le droit nouveau substitue un *quadriennium continuum*. L. 7, C. de temp. in int. rest. (II, 53).

(*n*) L. 1, pr. C. de annali except. (VII, 40). Si cette loi ne nomme pas l'*utilis annus*, elle le désigne évidemment par ces mots : « illud spatium annale alii quidem ita effuse interpretabantur, ut possit usque ad decimum extendi... »

aux délais établis en vertu d'une règle générale, et non d'une volonté particulière, ce qui exclut nommément les délais de procédure fixés par le juge (*o*).

3) Même pour la *bonorum possessio* et la prescription des actions, l'*utile tempus* ne s'applique qu'aux délais d'un an ou moindres d'un an; jamais il ne s'applique aux délais qui excèdent une année.

Quant à la *bonorum possessio,* cette règle n'a pas besoin de preuve, puisque nous ne trouvons en cette matière que deux délais, l'un d'un an et l'autre de cent jours; et ainsi l'application de l'*utile tempus* n'est nullement douteuse. Mais cette règle a beaucoup d'importance pour la prescription des actions, où nous trouvons tant de délais de différente durée.

Les longues prescriptions sont incontestablement soumises au *continuum tempus;* cela est dit formellement pour les prescriptions de 30 ans (*p*), et pour les prescriptions de 20, 10, 5 et 4 ans, la chose n'est pas moins certaine. Au contraire,

(*o*) Cela résulte d'abord de ce que les délais de procédure fixés par le juge comprenaient également les jours où les tribunaux vaquaient. L. 3, C. de dilat. (III, 11); L. 2, C. de temp. et repar. (VII, 63).

(*p*) L. 3, C. de præscr. XXX (VII, 39), « triginta annorum *jugi silentio.* » La L. 4, eod., s'exprime de même au sujet de la prescription de quarante ans.

les prescriptions d'un an, ou moindres d'un an, supposent toujours l'*utile tempus*. Telle est la règle générale tacitement admise; et, en effet, quoique l'édit, les rescrits et les anciens jurisconsultes n'emploient pas toujours des expressions bien précises pour déterminer cette espèce de délais, jamais le moindre doute ne paraît s'être élevé à cet égard (*q*). Ainsi, au sujet de l'*Int. uti possidetis,* l'édit parlait expressément de l'*utile tempus* (*r*); il n'en disait rien au sujet de l'*Int. de vi* (*s*); néanmoins on n'a jamais hésité à l'admettre, bien que ce silence eût pu s'interpréter en faveur du *continuum tempus* (*t*). Un texte du Code déclare, en termes très-vagues, que l'action d'injures se prescrit par un an (*u*), et un texte très-éloigné dit, en passant, que cette année est un *utile tempus* (*v*). Ainsi encore les actions édiliciennes sont simplement soumises à une prescription d'un an et de six mois (*w*), et

(*q*) Donellus, XVI, 8, § 17.

(*r*) L. 1, pr. uti poss. (XLIII, 17), « intra annum quo primum experiundi potestas fuerit. » C'est l'expression propre de l'*utile tempus*. L. 1, de div. temp. præscr. (XLIV, 3).

(*s*) L. 1, pr. de vi (XLIII), « intra annum. »

(*t*) L. 1, § 39, de vi (XLIII, 16), « annus in hoc interdicto utilis est. » Ce n'est pas là chose extraordinaire ou douteuse; la remarque a seulement pour but de prévenir l'erreur qu'aurait pu occasionner le silence de l'édit sur ce point.

(*u*) L. 5, C. de injuriis (IX, 35).

(*v*) L. 14, § 2, quod metus (IV, 2).

(*w*) L. 2, C. de ædil. act. (II, 58).

ailleurs nous voyons ces délais désignés comme *utile tempus* (*x*). De tout cela on peut concluro avec la plus grande vraisemblance que les jurisconsultes romains regardaient l'*utile tempus* comme inhérent aux prescriptions d'un an ou moindres d'un an, sans distinguer si cette disposition spéciale était ou non exprimée dans l'édit pour chaque cas particulier.

4) Enfin, la condition la plus importante, et qui a soulevé le plus de controverses, se rapporte à la nature des obstacles susceptibles de motiver la computation artificielle de l'*utile tempus*. En effet, pour qu'il ait lieu d'appliquer l'*utile tempus,* il faut que l'empêchement d'agir soit passager, presque toujours accidentel, et ne tienne pas à un état permanent de l'individu.

Les détails que je vais donner sur ces deux espèces d'empêchement seront le commentaire et la preuve de la règle.

Les empêchements de nature à motiver l'application de l'*utile tempus* tiennent à la personne de celui qui doit agir, ou à la personne de son adversaire, ou bien encore aux circonstances où se trouve le magistrat devant lequel l'acte doit être fait (*y*).

Les empêchements tenant à la personne de

(*x*) L. 19, § 6, de ædil. ed. (XXI, 1).

(*y*) Les détails que je donne sur les divers empêchements sont tirés de la L. 1, de div. temp. præscr. (XLIV, 3).

celui qui doit agir peuvent aussi bien exister pour la prescription que pour la *bonorum possessio* : si, par exemple, il est prisonnier chez l'ennemi, ou absent pour le service de l'État, ou incarcéré (z); si une tempête ou une maladie l'empêche de comparaître. Mais, dans tous ces cas, il faut en outre qu'il n'ait pas pu se donner un représentant (*aa*). De pareils obstacles sont évidemment passagers et accidentels.

Les empêchements tenant à la personne de l'adversaire ne peuvent exister que pour la prescription des actions; car pour la *bonorum possessio* ordinairement il n'y a pas d'adversaire, et pour l'appel on n'avait pas dans l'ancien droit à s'occuper de l'adversaire, puisqu'il restait étranger à l'acte d'appel (*bb*). Maintenant il y a

(z) L. 1, cit. « in vinculis. » — L. 11, § 5, ad L. Jul. de adult. (XLVIII, 5), « in custodia. » Ces mots semblent désigner immédiatement la captivité d'un criminel ou d'un prévenu, mais ils peuvent aussi s'appliquer à l'emprisonnement pour dettes.

(*aa*) L. 1, cit. « ut neque experiri neque mandare possit. » Plus loin on lit : « Plane is, qui valetudine impeditur, ut mandare possit, in ea causa est ut experiundi habeat potestatem; » en d'autres termes : qui valetudine *ita* impeditur ut mandare *tamen* possit. Le mot *ea*, ajouté dans la Vulgate avant le mot valetudine, donne le même sens. — A. Faber, conject. V, 18, commence par interpréter, contre l'usage, *impeditur ut* par *impeditur ne*, et se trouve ainsi conduit à la plus dangereuse de toutes les corrections : *non* habeat potestatem.

(*bb*) Dans la L. 1, § 6, quando appell. (note *l*), ces mots « *ad aliquid* utiles esse » ne veulent pas dire qu'ici l'*utilitas* est res-

empêchement à l'exercice d'une action, dans la personne du défendeur, s'il est inconnu ou caché, s'il a pris la fuite, et, en général, s'il est absent et n'a laissé personne pour le représenter (*cc*).

Les circonstances particulières au magistrat peuvent encore empêcher l'exercice d'une action (*dd*), et cela de deux manières. D'abord quand le magistrat se trouve absent du lieu où il rend la justice (*ee*). Ici les Romains distinguaient

treinte en principe, mais bien dans l'application, comparée à la prescription. Ainsi, en matière d'appel, non-seulement l'adversaire ne peut causer aucun empêchement, mais encore l'empêchement existera bien rarement, même pour le défendeur, à cause de la brièveté du délai. En effet, lorque le jugement, comme le suppose notre texte, aura été rendu en présence de l'appelant, il n'est guère probable que le même jour ou le lendemain celui-ci se trouve captif chez l'ennemi, ou bien éloigné par une tempête du lieu où siége le tribunal. Ces mots expriment donc une différence de fait, et non une différence en droit. Cette remarque n'est pas sans importance pour la réfutation des erreurs dont je parlerai plus bas.

(*cc*) Ainsi, par exemple, ce cas est très-ordinaire pour l'action annuelle *vi bonorum raptorum*. Il serait encore plus fréquent pour la *furti actio,* si cette action n'était pas *perpetua*, et dès lors avec *continuum tempus*.

(*dd*) L. 1, de div. temp. præscr. (XLIV, 3). « Illud utique neminem fugit, experiundi potestatem non habere eum, qui Prætoris copiam non habuit : proinde hi dies cedunt, quibus jus Prætor reddit. » Il en est de même pour la B. P., L. 2, § 1, quis ordo (XXXVIII, 15).

(*ee*) Ainsi nul n'est tenu d'aller chercher le préteur à son domicile. L. 1, § 7, 8, 9, quando appell. (XLIX, 4).

les actes où l'intervention du magistrat n'était qu'une simple formalité, et les actes soumis à un examen juridique, qui devaient être nécessairement portés devant le tribunal (*ff*). Dans les provinces, la présence directe du lieutenant n'était point indispensable; il suffisait que son éloignement ne fût pas trop considérable; néanmoins le délai était prolongé d'un jours par 20 milles romains de distance (*gg*). — Il y avait ensuite un empêchement plus général résultant de l'organisation de la justice à Rome (*hh*). Les Romains avaient un petit nombre de *dies fasti*, où l'on pouvait traiter les affaires judiciaires, et de *nefasti*, où cela était défendu. Entre les uns et les autres se plaçaient des jours indéterminés, notamment les *comitiales*, très-nombreux, que l'on pouvait, s'il n'y avait pas de comices, consacrer aux affaires judiciaires. Quand ces affaires se multiplièrent, il fallut augmenter le nombre des jours fastes; Auguste en ajouta 30 nouveaux, et Marc-Aurèle porta leur nombre à 230 (*ii*); ensuite, sous les empereurs, les *dies comitiales*

(*ff*) L. 2, § 1, 2, quis ordo (XXXVIII, 15). A la première classe appartient l'*edictalis* B. P., qui peut se donner *de plano;* à la seconde appartient la *decretalis* B. P., ainsi que toute action introduite.

(*gg*) L. 2, § 3, quis ordo (XXXVIII, 15).

(*hh*) Ce sujet difficile est très-bien traité dans Hollweg, Geschichte des Prozesses, vol. I, § 19.

(*ii*) Sueton. Octavianus, C. 32; Capitolin. Marcus, C. 10.

étaient presque tous devenus disponibles. En 389, on donna aux jours fastes une organisation nouvelle, en harmonie avec celle de l'Église chrétienne, et leur nombre s'éleva à peu près à 240 (*kk*). Cette espèce d'empêchement, le plus régulier et le plus important de tous, prolonge ainsi l'*utilis annus* d'environ six mois.

Les autres espèces d'empêchement tiennent à des circonstances accidentelles et quelquefois très-rares; celle-ci se reproduit constamment et absorbe à peu près le tiers de l'année. Il semble donc très-probable que la computation de l'*utile tempus* aura été établie pour elle, et les autres espèces d'empêchement y auront été ajoutées par voie de conséquence. J'observe tout d'abord que cet empêchement, d'une si grande importance pour les Romains, n'existe plus dans le droit actuel. D'après nos institutions, tout acte juridique que la loi ordonne de faire dans un certain délai peut toujours s'effectuer par le dépôt d'un écrit; les jours d'audience des tribunaux n'ont ici aucune influence, et même les jours fériés ne s'opposent ordinairement pas à l'observation du délai (*ll*).

(*kk*) L. 19, C. Th. de feriis (II, 8); dans les anciennes éditions, L. 2.

(*ll*) Dans plus d'un cas cela avait déjà lieu à Rome, notamment pour les 50 *dies continui* de l'excuse. Fragm. Vat., § 156, « si sint sessiones... debet... adire prætorem... Si feriæ sint, li-

§ CXC. — VI. *Le temps.* 4. *Utile tempus.* (Suite.)

Je viens d'énumérer les empêchements qui donnent lieu à l'application de l'*utile tempus ;* je dois maintenant parler de ceux qui n'admettent point une semblable application, car c'est là-dessus que portent, en général, les erreurs des auteurs modernes.

Parmi les empêchements de cette espèce, le cas où celui qui est appelé à agir n'a point connaissance de son droit se présente tout d'abord comme le plus important. Il semblerait qu'un empêchement aussi décisif doive incontestablement motiver l'application de l'*utile tempus,* et telle est, en effet, l'opinion de la plupart des auteurs; mais on verra, par l'exposé suivant, que cette doctrine n'est nullement conforme à la réalité (*a*). Pour la *Bonorum Possessio*, l'édit assimile, il est vrai, l'ignorance à l'impossibilité d'agir (*b*); ainsi, par une application naturelle

bellos det contestatorios. » Seulement on remettait alors les *libelli* à l'adversaire (adversario, id est ei qui eum petit), tandis que les jours non fériés on le sommait de comparaître devant le préteur.

(*a*) J'ai traité ce sujet avec détails, appendice VIII, Num. XXIV-XXVIII. Je me contente ici de rappeler brièvement les résultats.

(*b*) Mais seulement la *facti ignorantia*, non la *juris ignorantia*. Cf. appendice VIII, Num. XXIV.

de l'*utile tempus*, on ne comptait pas à l'appelé les jours où il n'avait pas eu connaissance de son droit (*c*). Pour la prescription des actions, au contraire, on parle uniquement de l'absence des obstacles extérieurs (*d*); l'état d'ignorance où se trouverait le titulaire sur l'existence de son droit n'est point mentionné dans l'édit, et, dans la pratique, sauf des exceptions fort rares, on ne tient aucun compte d'ignorance. Cette distinction ne résulte pas des termes employés accidentellement dans l'édit, mais plutôt les termes de l'édit répondent à une distinction fondée sur

(*c*) L. 2, pr. quis ordo (XXXVIII, 15). « Ita autem utile tempus est, ut singuli dies in eo utiles sint : scilicet ut per singulos dies *et scierit et potuerit* admittere : ceterum quacumque die *nescierit aut non potuerit*, nulla dubitatio est quin dies ei non cedat. » Voici évidemment le sens de ce texte : le *nescire* et le *non posse* sont deux choses distinctes; mais, quant à la B. P., elles ont dans la pratique les mêmes résultats; ainsi l'existence de l'une ou de l'autre donne lieu à l'application de l'*utile tempus*.

(*d*) L. 1, de div. temp. præscr. (XLIV, 3). « Quia tractatus de utilibus diebus frequens est, videamus quid sit, *experiundi potestatem* habere. » Le simple *posse* experiri n'implique nullement comme condition le *scire* (voy. la note précédente), car celui qui ignore le droit qu'il a d'intenter une action peut et doit triompher de cette ignorance. En effet, dans l'énumération, qui vient ensuite, des cas où manque la *experiundi potestas*, on ne trouve pas celui de l'ignorance, quoique beaucoup plus fréquent que la plupart des autres cas énumérés; et la loi aurait dû le signaler tout d'abord, si elle y eût attaché cet effet.

la nature des choses. En effet, nul ne peut ignorer le droit qu'il a d'agir sans être ordinairement coupable de négligence, tandis que nul n'est tenu de s'enquérir des successions qui peuvent lui échoir. D'ailleurs, en soumettant à un délai la demande de la *Bonorum Possessio* et l'exercice des actions, on a voulu ne pas laisser les rapports de droit en suspens; ce serait aller contre ce but que d'admettre pour la prescription des actions le prétexte d'ignorance. Mais pour la *Bonorum Possessio*, cet inconvénient n'existe pas; car si l'héritier direct ignore l'ouverture de la succession, celui qui est appelé à son défaut est intéressé à la lui dénoncer, et à faire ainsi cesser l'ignorance.

Réciproquement, il y a beaucoup de cas où le temps est *continuum*, et où l'ignorance empêche le délai de courir. Tels sont les excuses de tutelle (*e*), les délais accordés pour délibérer et faire inventaire (*f*), enfin tous les délais de procédure.

D'après cela, on voit que l'opposition de l'*utile* et du *continuum tempus* n'a aucune relation avec l'admission ou la non-admission de l'ignorance. Ce sont là deux matières indépendantes

(*e*) § 16, J. de excus. (I, 25); L. 13, § 9, eod. (XXVII, 1); L. 6, C. eod. (V, 62); Fragm. Vat., § 156.

(*f*) L. 19, 22, C. de j. delib. (VI, 30).

l'une de l'autre ; et cette différence essentielle a même été formellement reconnue dans un texte du droit romain (*g*).

Pour qu'il y ait lieu d'appliquer l'*utile tempus*, il faut que l'empêchement d'agir soit passager, ou tienne à des circonstances accidentelles et variables, non à un état permanent de la personne. Tel est celui des impubères, des mineurs, des enfants sous la puissance paternelle, des aliénés, des prodigues et des personnes juridiques. Comme tous se trouvent plus ou moins gênés dans l'exercice de leurs droits, on pourrait être tenté de leur accorder la faveur de l'*utile tempus*. Néanmoins, cette application doit être complétement rejetée, car il existe, pour protéger les intérêts de ces différentes classes de personnes, des institutions spéciales qui n'ont rien de commun avec la distinction de l'*utile* et

(*g*) L. 8, C. de dolo (II, 21), c'est-à-dire L. un. C. Th. de dolo (II, 15). « Optimum duximus, *non* ex eo die, quo se quisque admissum dolum didicisse commemoraverit, *neque* intra anni utilis tempus, *sed potius* ex eo die, etc. » Ainsi donc c'est *en dehors* de l'*annus utilis* que se calcule le temps où le dol a été connu. — Le seul texte qui pourrait faire naître une apparence de doute est la L. 8, de his qui not. (III, 2). « Sed cum tempus luctus continuum est, merito et ignoranti cedit ex die mortis mariti. » Si l'on voulait prendre les expressions de ce texte isolé pour base d'une règle, cette règle devrait être ainsi conçue : omne continuum tempus ignoranti cedit; or j'ai établi le principe précisément contraire.

du *continuum tempus*. C'est ce que je vais établir d'abord pour la prescription des actions, ensuite pour la *Bonorum Possessio*.

I. Prescription des actions.

L'ancien droit n'accordait aucune exemption aux impubères ni aux mineurs, même pour les actions dont la prescription était soumise à l'*utile tempus,* parce que jamais la *experiundi potestas* ne leur manquait ; en effet, le tuteur pouvait agir pour l'impubère (*h*), et le mineur pouvait agir lui-même ; seulement l'impubère avait un recours contre son tuteur, et tous deux pouvaient se faire restituer comme mineurs. — Le droit nouveau a établi en cette matière des règles très-différentes : toutes les prescriptions cessent de courir *ipso jure* contre l'impubère ; elles cessent également de courir contre le mineur, sauf la prescription de 30 ans, à l'égard de laquelle la restitution n'est jamais admise. On ne distingue pas si le temps de ces diverses prescriptions est *utile* ou *continuum* (*i*).

Le fils sous la puissance paternelle qui pos-

(*h*) La Tab. Heracl. Vers. 4, 5, 6, présente à ce sujet une analogie remarquable. Elle ordonne de faire certaines déclarations dans un nombre de jours déterminé. S'il s'agit d'une déclaration à faire pour un pupille, le tuteur est tenu d'observer le délai, c'est-à-dire que le pupille perd son droit si le tuteur laisse passer le délai.

(*i*) Cf. appendice VIII, Num. XXVII.

sède des biens appelés *adventitia*, inconnus avant Constantin, ne peut exercer lui-même les actions qui s'y rapportent, ni se garantir de la prescription, car le père a l'administration exclusive de ces biens. Aussi est-il à l'abri de toutes les pertes résultant de la prescription, absolument comme l'impubère (*k*).

Quant aux aliénés et aux prodigues, nous ne trouvons aucunes dispositions spéciales sur la prescription de leurs actions; ils sont donc protégés par le droit général de recours accordé à eux et à leurs héritiers contre le curateur négligent. Il semblerait assez naturel d'assimiler l'aliéné à l'impubère; peut-être ne l'a-t-on pas fait uniquement à cause de la rareté du cas; d'ailleurs, il y eût eu une rigueur excessive envers les parties adverses à suspendre toutes les prescriptions. En effet, l'aliénation mentale peut durer toute la vie, tandis que le défaut de puberté a des limites certaines et assez restreintes.

Pour les personnes juridiques, nous ne trouvons non plus aucunes dispositions spéciales sur la prescription de leurs actions; si donc la prescription leur cause un préjudice, elles n'ont alors qu'un recours contre leurs administrateurs négligents. Il y a même un cas, celui de la *longi*

(*k*) Appendice VIII, Num. XXVII.

temporis præscriptio, où cela est dit formellement (*l*).

II. *Bonorum Possessio*.

C'est un principe établi que le délai de la *Bonorum Possessio* court contre l'impubère (*m*); celui-ci n'a donc plus que le recours contre son tuteur, ou bien la restitution.

Le mineur peut se faire restituer contre l'inobservation du délai (*n*), d'où il résulte que le délai court contre lui. En effet, on ne concevrait pas que, sous ce rapport, il fût plus favorisé que l'impubère.

Le délai, au contraire, ne court pas contre l'aliéné; aussi celui qui est appelé après lui n'obtient la *Bonorum Possessio* que sous caution (*o*).

Il n'existe pas de disposition spéciale relativement au prodigue. Le délai court donc sans doute contre lui, et il n'a de recours que contre son curateur.

(*l*) Paulus, V, 2, § 4; L. 1, in f. C. de præscr. longi temp. (VII, 33).

(*m*) L. 7, § 2, B. P. (XXXVII, 1). « Dies, quibus tutor aut pater scit, cedere placet. » Du temps de Papinien ce principe n'était pas encore reconnu pour tous les cas. L. 1, de B. P. fur. (XXXVII, 3). Plus tard on admit quelques exceptions, mais de peu d'importance, et le principe subsista pour la plupart des cas. L. 18, C. de j. delib. (VI, 30).

(*n*) L. 2, C. si ut omissam (II, 40).

(*o*) L. 1, de B. P. fur. (XXXVII, 3); L. 1, § 5, de succ. ed. (XXXVIII, 9).

Quant aux personnes juridiques, du moins quant aux municipes, la *Bonorum Possessio* s'acquiert même sans être demandée; dès lors il ne peut être question de déchéance (*p*).

On voit d'après cela que l'état permanent de ces diverses personnes n'est pas un empêchement qui donne lieu à l'application de l'*utile tempus*. Dans les cas les plus nombreux et les plus importants, le délai ne subit aucune modification; et si les délais ne courent pas contre quelques-unes de ces personnes, cela doit être regardé comme une exception spéciale, non comme une conséquence naturelle de l'*utile tempus*.

Dans les cas où, d'après les règles exposées plus haut, l'*utile tempus* trouve à s'appliquer, on retranche du délai tous les jours où l'empêchement existe; en d'autres termes, le délai est prolongé d'un nombre de jours égal au nombre de jours où l'empêchement est constaté. Ce résultat s'opère *ipso jure*, sans le secours de la restitution; on peut même dire que l'*utile tempus* et la restitution s'excluent mutuellement. Ainsi donc, l'*utile tempus* rend la restitution inutile, et dès lors impossible; et quand la restitution est accordée expressément contre l'expiration d'un délai, nous pouvons en conclure la négation de l'*utile tempus*. On pourrait douter de la vérité

(*p*) L. 3, § 4, de B. P. (XXXVII, 1).

de cette proposition, parce que, dans le cas d'absence, l'édit accorde, entre autres choses, la restitution contre la prescription des actions à l'absent lui-même, déchu pour n'avoir point agi (*q*), et à celui qui n'a pu agir à cause de l'absence de son adversaire (*r*). Or, la protection de l'*utile tempus* existant pour ces deux cas (§ 189), il semble que l'*utile tempus* peut concourir avec la restitution. Mais ce passage de l'édit semble plutôt devoir s'appliquer aux cas où le temps était *continuum* et la restitution nécessaire. Plusieurs actions de ce genre existaient au temps où a été composé l'édit (*s*); je citerai en outre le délai de dix-huit mois établi par la *lex Julia* pour tous les *legitima judicia* (*t*). Dans les cas du *continuum tempus* l'application de la restitution n'est point douteuse, et alors, après un examen des circons-

(*q*) L. 1, § 1, ex quib. causis maj. (IV, 6). « Sive cujus actionis eorum cui dies exisse dicetur. »

(*r*) L. 1, § 1, ex quib. causis maj. (IV, 6). « Item si quis... actione qua solutus ob id, quod dies ejus exierit, cum absens non defenderetur... »

(*s*) D'après la L. Furia, le *sponsor* et le *fidepromissor* perdaient leur action s'ils ne l'exerçaient pas dans les deux ans. Gaius, III, § 121. — Le délai de cinq ans pour la plainte en adultère est établi par la L. Julia (L. 29, § 6, ad L. Jul. de adult.), et ainsi pourrait bien être antérieur à cet édit. — J'en dis autant des cinq années pour la *querela inofficiosi*. — La chose est plus incertaine quant à la *longi temporis præscriptio*, car nous ne connaissons pas l'époque de son origine.

(*t*) Gaius, IV, § 104.

tances particulières de l'espèce, elle a précisément les effets qui, dans les cas de l'*utile tempus*, s'opèrent en vertu d'une règle générale. Une semblable restitution se trouve effectivement mentionnée dans les sources du droit (*u*), et surtout pour les délais de procédure. Les Romains accordaient la restitution aussi souvent que les tribunaux modernes; seulement toute espèce de restitution était interdite contre la prescription de trente ans, ce qui excluait aussi la restitution pour cause d'absence (*v*).

Maintenant, on peut demander quel rapport il y a entre l'*utile tempus* et la computation civile. Plusieurs auteurs ont prétendu que cette computation ne s'applique jamais à l'*utile tempus*, mais seulement au *continuum* (*w*); cette assertion n'a pas le moindre fondemnt. L'*utile tempus* consiste à retrancher du calcul les jours où il y a empêchement d'agir. On arrive donc nécessairement à un dernier jour libre de tout empêchement, et que n'atteint point la modification

(*u*) L. 31, ad L. Jul. de adult. (XLVIII, 5), « *æquum est* computationi quinquennii *eximi* id tempus, quod per postulationem præcedentem consumtum sit. » Ces mots désignent évidemment la restitution, admise contre toutes les prescriptions, excepté contre la prescription de trente ans; aussi je ne puis partager l'avis de Haubold, p. 411, qui voit dans ce texte une disposition toute spéciale.

(*v*) L. 3, C. de præscr. XXX (VII, 39).

(*w*) Löhr, p. 418, 419; Reinfelder, p. 16.

de l'*utile tempus ;* car si, au jour que l'on peut croire le dernier, l'empêchement existe, on doit retrancher ce jour du calcul; dès lors il n'est pas le dernier du délai, et il faut se reporter au premier qui soit libre d'empêchement. Ce jour une fois déterminé, se présente la question du terme juridique auquel se rapporte la computation civile. Ce jour peut être envisagé différemment, suivant la différence des rapports de droit; mais le retranchement d'un certain nombre de jours n'exerce aucune influence sur cette appréciation. Les deux computations anomales sont donc indépendantes l'une de l'autre. Cela ressort naturellement des considérations générales, quelle que soit l'opinion que l'on adopte sur la computation civile; mais la chose devient plus évidente encore d'après ce que jai dit plus haut (§ 185, 186) sur la computation civile en matière de délais. J'ai montré que le délai finit à l'expiration du dernier jour, ce qui constitue un avantage pour celui qui doit intenter l'action. Or, il y aurait inconséquence à vouloir le priver de cet avantage parce qu'on lui en aurait accordé un autre en retranchant du délai tous les jours où, sans sa faute, il a été empêché d'agir.

§ CXCI. — VI. *Le temps*. 4. *Utile tempus*. (Suite.)

Déjà du temps de Justinien, les principes que je viens d'exposer avaient en partie cessé d'être applicables, ou du moins avaient perdu de leur importance. Dans plusieurs cas on avait substitué à l'*utile tempus* un *continuum tempus* plus long. Ainsi, pour la *doli actio*, l'*annus utilis* avait été changé en deux *anni continui* (*a*), et, ce qui est plus important, pour toutes les restitutions, un *quadriennium continuum* remplaçait l'*annus utilis* (*b*). Plusieurs auteurs ont cru que cette dernière disposition s'appliquait à tous les cas de l'*utile tempus ;* cette opinion doit être rejetée pour plusieurs motifs (*c*). D'abord la loi sur les restitutions ne présente nullement ce caractère de généralité; ensuite la substitution de deux années à l'année de la *doli actio* est en contradiction avec cette doctrine; enfin elle n'aurait de vraisemblance que si la réduction moyenne de l'*utilis annus,* d'après le nombre de jours consacré chez les Romains à l'administration de la justice, donnait ordinairement quatre années;

(*a*) L. 8, C. de dolo (II, 21), c'est-à-dire L. un. C. Th. de dolo (II, 15).

(*b*) L. 7, C. de temp. int. rest. (II, 53).

(*c*) Glück, vol. III, § 269, a.

mais, en réalité, cette réduction porte l'*utilis annus* à dix-huit mois (§ 189). On voit d'après cela que la loi sur les restitutions n'opère pas une simple transformation, mais une prolongation véritable du délai ; appliquer cette prolongation à toute espèce de délai serait un procédé aussi arbitraire que peu rationnel. — Ce qui diminua aussi l'importance de l'*utile tempus* en matière de prescriptions, c'est que, depuis longtemps, à côté de plusieurs actions annuelles on avait placé des actions perpétuelles (aujourd'hui trentenaires), ayant des effets semblables, mais plus restreints (*d*); celles-ci remplaçant très-souvent dans la pratique les actions annuelles, on n'avait plus à calculer l'*utile tempus*. — Quant à la *Bonorum Possessio,* l'application de l'*utile tempus* était encore plus restreinte, car, d'après la législation justinienne sur les successions, on devait bien rarement avoir recours à cette manière spéciale d'acquérir.

Mais de plus grands changements encore se sont opérés dans le passage du droit romain aux temps modernes. Beaucoup d'actions annuelles du droit romain sont tombées en désuétude à cause de leur caractère de mesure de police, ou à cause de leurs rapports avec le droit pénal

(*d*) Ainsi, par exemple, la *in factum actio* à côté de la *doli* et *quod metus actio ;* de même qu'elle existe à côté de l'*int. de vi.* Cf. L. 1, pr. § 48 ; L. 3, § 1, de vi (XLIII, 16).

placé sur de nouvelles bases. D'ailleurs, et ce point est le plus important, la distinction entre les jours consacrés ou non consacrés à l'administration de la justice, qui, chez les Romains, motivait surtout l'application de l'*utile tempus*, n'a plus pour nous la même signification (§ 189). Aussi aujourd'hui l'*utile tempus* ne s'applique qu'à un petit nombre d'actions et dans des cas rares, notamment quand l'absence du demandeur ou du défendeur empêche le prompt exercice du droit. L'usage le plus fréquent que l'on en pourrait faire serait, pour les actions édiliciennes, entre autres, lorsqu'un marchand forain s'éloigne après avoir vendu une chose dont l'acheteur découvre le vice, mais ne peut retrouver le vendeur que beaucoup plus tard.

La doctrine que j'ai essayé d'établir sur l'*utile* et le *continuum tempus* s'éloigne beaucoup de celle adoptée généralement par les auteurs (*e*). Ainsi, ils posent en principe que chacun de ces deux termes est susceptible d'une double signification comme pouvant s'appliquer au défaut d'agir qui intervient soit au *commencement*, soit pendant le *cours* d'un délai. Ils tirent de là quatre combinaisons possibles, et par voie de con-

(*e*) Je citerai, comme représentants de cette doctrine, Höpfner, § 666; Glück, vol. III, § 269, a; Haubold, l. c., p. 405. J'aurais pu également nommer d'autres auteurs et de plus modernes.

séquence quatre règles, dont une doit nécessairement s'appliquer à tout rapport de droit où il est question d'un délai.

1) Utile tempus utraque ratione.

2) Utile ratione initii, continuum ratione cursus.

3) Continuum ratione initii, utile ratione cursus.

4) Continuum utraque ratione.

Les auteurs sont tous d'accord sur le fond et sur la forme de ces principes; il n'y a de dissidence que sur la question de savoir si toutes ces combinaisons, ou seulement quelques-unes, trouvent dans les sources leur application à des rapports de droit déterminés (*f*).

D'abord, cette phraséologie est étrangère aux sources, et c'est là son moindre défaut, bien que cette circonstance soit de nature à éveiller les doutes et à motiver un examen attentif (*g*); mais on peut lui adresser un reproche plus grave, celui d'exprimer toute autre chose que ce qu'en-

(*f*) Thibaut, I, p. 97 (Braun Erörterungen, p. 151), prétend que le cas placé sous le num. 3 ne se présente dans aucun rapport de droit.

(*g*) La question de savoir si, dans un cas donné, il y a *utile* ou *continuum tempus* est souvent controversée par les anciens jurisconsultes; mais ces mots désignent toujours pour eux l'expression absolue d'une idée simple, et jamais ils ne parlent d'un demi-*utile* ou d'un demi-*continuum*. Surtout on ne doit pas prendre dans ce sens *ad aliquid* utiles, cf. § 189, I. et bb.

tendent ses auteurs. En effet, si on la prend dans son sens propre, il faut distinguer, par exemple, si le titulaire d'un droit, au moment de l'ouverture de ce droit, était prisonnier, ou s'il a été libre plus tard, et réciproquement; or, une semblable distinction n'aurait aucun fondement et n'a jamais été proposée. Mais voici en réalité ce qu'on entend. Le défaut d'agir peut tenir à un obstacle extérieur, tel que la captivité, ou bien à l'ignorance où le titulaire est de son droit. Or, comme nous voyons les sources, dans l'appréciation des rapports de droit, avoir quelquefois égard à ces deux circonstances ou seulement à l'une d'elles, et quelquefois n'avoir égard ni à l'une ni à l'autre, nous pouvons tirer de là les quatre combinaisons suivantes :

1) Prise en considération des deux circonstances.

2) Prise en considération de l'ignorance, mais non des obstacles extérieurs.

3) Prise en considération des obstacles extérieurs, mais non de l'ignorance.

4) Non-prise en considération de l'une et de l'autre circonstance.

Telle est la pensée véritable de nos auteurs, et voici comment s'explique la singularité de son expression. Dans les cas où il y a ignorance, elle existe *en général* au commencement du délai, et plus tard lui succède la connaissance du droit;

mais cela ne justifie que faiblement la phraséologie adoptée; car les obstacles extérieurs peuvent évidemment se présenter aussi bien au commencement que pendant le cours du délai, et jamais on n'a attaché à cette différence aucune importance pratique. Mais l'ignorance elle-même est très-mal désignée comme un obstacle qui se présente au commencement du délai; car le contraire peut fort bien arriver. Supposons, par exemple, qu'un homme meurt, qu'après son décès on ne trouve pas de testament, et que l'agnat le plus proche soit présent; celui-ci sait aussitôt que la *Bonorum Possessio unde legitimi* lui est déférée, et le délai de 100 jours commence immédiatement à courir. L'agnat demeure 60 jours sans agir; puis, trompé par un faux testament, il reconnaît pendant un an comme héritier véritable l'héritier supposé; la connaissance du droit se trouve alors imterrompue par l'ignorance. Enfin la fausseté du testament se découvre, et l'agnat sait de nouveau qu'il est appelé à la *Bonorum Possessio*. Sur les 100 jours du délai, 60 étant déjà écoulés, il lui en reste encore 40 pour réclamer la possession de biens, puisque, vu son état d'ignorance, on ne lui compte pas l'année intermédiaire (*h*). Ainsi donc,

(*h*) Ce n'est pas ma pensée que j'exprime ici, mais celle d'Ulpien. L. 2, pr. quis ordo (XXXVIII, 15). « Fieri autem potest, ut *qui initio scierit* vel potuerit bonorum possessionem

représenter comme un obstacle *ratione initii* l'obstacle résultant de l'ignorance, c'est le désigner d'une manière très-impropre.

Au reste, cette critique ne porte que sur les expressions techniques adoptées généralement, et je suis persuadé que tout partisan impartial de l'opinion dominante reconnaîtra sa pensée véritable sous les expressions que je propose de substituer ; cette différence dans la forme n'empêcherait donc pas de s'accorder sur les choses. Mais ces expressions impropres, en jetant sur la matière une grande obscurité, cachent une erreur fondamentale très-importante, dont cette obscurité a toujours empêché la réfutation et même la discussion. En effet, si on examine la réalité des choses, on trouve, quant à la *Bonorum Possessio*, les décisions des sources trop formelles pour admettre une divergence d'opinions; l'ignorance de l'appelé et les obstacles extérieurs

admittere, hic *incipiat nescire*, vel non posse admittere : scilicet si, cum initio cognovisset eum intestatum decessisse, postea quasi certiore nuntio allato *dubitare cœperit, numquid testatus decesserit, vel numquid vivat, quia hic rumor postea perrepserat.* Idem et in contrarium accipi potest, ut qui ignoravit initio, postea scire incipiat. » Ce dernier cas est sans doute le plus fréquent, mais non pas le seul comme on l'a cru, et c'est sur cette erreur que se fonde la phraséologie vicieuse généralement adoptée. Or, Ulpien dit en termes exprès que, dans l'un et l'autre cas, il y a lieu d'admettre l'*utile tempus* pour la B. P.

sont placés sur la même ligne. Quant à la prescription des actions, l'opinion que je combats établit la même règle que pour la *Bonorum Possessio ;* ainsi donc, sauf de rares exceptions, on admet que l'ignorance du demandeur sur l'existence de son droit donne lieu à application de l'*utile tempus*, comme le ferait sa captivité ou l'absence du défendeur. Voilà ce que l'on entend quand on pose comme règle le tempus *omni ratione utile*, et comme de rares exceptions le *continuum ratione initii, utile ratione cursus ;* et ces expressions technique sont sans doute beaucoup contribué à maintenir cette doctrine, dépourvue de critique (*i*). Je n'ai rien à ajouter ici aux arguments que j'ai présentés plus haut (§ 190) à l'appui d'une doctrine toute contraire ; ceux que ces arguments auront convaincus doivent rejeter l'opinion que je viens d'exposer.

Je passe maintenant à l'examen d'une opinion isolée particulière à un auteur moderne (*k*), qui

(*i*) Ce sont les termes employés ordinairement ; là où il y a évidemment lieu d'admettre le calcul de l'*utile tempus*, on doit l'admettre comme *omni ratione utile*, à moins d'introduire dans la loi une distinction arbitraire. Glück, vol. III, p. 507 ; Haubold, l. c., p. 434 ; Göschen, Vorlesungen, vol. I, p. 583, 585. Pour les prescriptions courtes, dont, l'*utile tempus* n'est généralement pas douteux, l'influence de l'ignorance se trouve par là même établie. D'un autre côté, cet axiome pratique est évidemment une simple conséquence de la doctrine du tempus *omni ratione* utile.

(*k*) Elvers, sur l'*annus utilis* des *actiones honorariæ*, dans

établit une distinction entre les *dies* et les *anni utiles*. Pour les *dies*, il adopte la même interprétation que la majorité des auteurs; mais quand, au contraire, le préteur dit : *intra annum actionem* (ou *Bonorum Possessionem*) *dabo,* cela signifie : tant que dureront mes fonctions; ce qui constitue un délai plus ou moins long, selon que l'origine de l'action ou l'inventaire de la succession se place au commencement ou à la fin de l'année. Les *menses utiles* des actions édiliciennes doivent, suivant lui, être entendus dans le même sens; car chacun des deux édiles exerçait alternativement ses fonctions pendant deux mois.

Dès le premier abord, il semble bien extraordinaire que deux constructions tellement semblables, *dies* et *annus utilis*, aient une signification différente, surtout quand les expressions techniques, *tempus utile* et *utilitas temporis*, dénoncent évidemment des objets identiques. Comment admettre ensuite que, lorsqu'on voit opposer *intra annum* à *post annum,* il faille prendre le premier terme dans un autre sens que le second? Enfin le préteur avait-il besoin de dire qu'il ne remplirait plus les fonctions de sa charge une fois son terme expiré? Si, pour mieux faire comprendre cette doctrine, on l'applique à des

Elvers Themis, neue Folge, vol. I. Göttingen, 1838, p. 125-184.

cas particuliers, on la reconnaît insoutenable. Ainsi, quand on était volé pendant le dernier mois des fonctions du préteur, on n'aurait eu que quelques semaines pour exercer l'*actio vi bonorum raptorum*. C'eût alors été un excellent calcul de ne voler qu'en décembre, car la plainte eût été bientôt prescrite. Ainsi encore, un mineur parvenu à sa majorité n'aurait eu que quelques jours pour se faire restituer, si sa naissance tombait dans les derniers jours de l'année. Si, un peu avant la fin de l'année, on ouvrait un testament qui instituât pour héritier un fils, la mère du défunt et un étranger, le fils et la mère n'auraient eu, pour réclamer la *Bonorum Possessio*, qu'un petit nombre de jours, l'étranger en aurait eu cent, tandis qu'il est dit expressément que le délai a été prolongé en faveur des enfants et des ascendants (*l*). Et ce ne sont pas là les seuls arguments qu'on puisse opposer à cette doctrine (*m*).

(*l*) L. 1, § 12, de succ. ed. (XXXVIII, 9). « *Largius tempus* parentibus liberisque petendæ B. P. tribuitur, *in honorem sanguinis* videlicet. » Ici évidemment il aurait eu *arctius* tempus.

(*m*) Dans Linde's Zeitschr., vol. XIV, p. 1-32, Arndts (Zur Lehre von der Zeitberechnung) donne de cette nouvelle doctrine une réfutation plus détaillée et plus approfondie que je ne le puis faire ici.

§ CXCII. — VI. *Le temps*. 5. *Jour intercalaire.*

Sources :

L. 3, § 3, de minoribus (IV, 4). Ulpianus.

L. 2, de div. temp. præscr. (XLIV, 3). Marcellus.

L. 98, de V. S. (L. 16). Celsus.

Censorinus, de die natali, C. 20.

Macrobius, Saturnal. I. C., 13, 14.

Auteurs :

Breuning Diss. ad Celsum in L. 987 de V. S. Lips. 1757.

Majansius ad XXX Ictorum fragmenta. Genève, 1764, t. I, p. 101-110.

Schneidt, de utilitate studii chronologici in jurisprudentia. Wirceb., 1782.

Koch Belehrungen (voy. plus haut § 182).

Unterholzner Verjährungslehre. I, § 86.

Dans toutes les règles mentionnées jusqu'ici, l'année du calendrier a été considérée comme la somme exacte des 365 jours du calendrier, servant à mesurer les années mobiles. Mais comme tous les quatre ans on ajoute un jour intercalaire aux 365, on a apporté au calcul du temps mobile des modifications positives pour le cas où le temps du calendrier se trouve augmenté d'un ou de plusieurs jours intercalaires.

Mais, avant d'exposer ces modifications d'une manière complète, il nous faut étudier la nature du jour intercalaire lui-même, tel qu'il existe dans notre système de chronologie, et entrer dans des détails que ne comportait pas le résumé historique présenté plus haut (§ 179). Pour cela nous devons encore nous reporter à l'ancienne année romaine. Chez les Romains, le mois de février, dans les années ordinaires, avait 28 jours; le 23 s'appelait *Terminalia*, le 24 *Regifugium*; mais cet état normal changeait tous les deux ans. Le mois de février se trouvait alors réduit à 23 jours. Entre le *Terminalia* et le *Regifugium* on insérait un *mensis interkalaris* tout entier, composé de 22 ou de 23 jours, auquel on ajoutait les cinq jours retranchés du mois de février, à partir du *Regifugium*, et ce mois se trouvait ainsi avoir tantôt 27, tantôt 28 jours. Du reste, il était traité comme tous les autres mois; il avait ses calendes, ses nones et ses ides, d'où l'on comptait les jours en remontant. César abolit entièrement ce mois intercalaire très-incommode (*a*); il y substitua, entre les *Terminalia* et le *Regifugium*, un jour intercalaire qui se représentait tous les quatre ans, ne recevait aucun numéro d'ordre, et ne dérangeait pas la computation ordinaire des jours de février, bien que

(*a*) Sueton. Julius, C. 40, « interkalario mense *sublato*. »

ce mois fût ainsi porté à 29 jours. Sur cette organisation, que nous suivons encore, et sur la manière dont elle se rattache à l'état de choses antérieur, nous avons les témoignages précis et non équivoques de Macrobe et de Censorinus (*b*). Le tableau suivant des sept derniers jours de février dans une année bissextile montrera parfaitement comment les Romains désignaient ce jour intercalaire, et comment nous le désignons.

VII.	Ante Kal. Mart. (Terminalia)...........	23 février.
VI.	Ante Kal. Mart. (posterior) (interkalaris)...	24 février.
VI.	Ante Kal. Mart. (prior) (Regifugium).......	25 février (S. Mathias) (*c*).
V.	Ante Kal. Mart......	26 février.
IV.	Ante Kal. Mart......	27 février.
III.	Ante Kal. Mart......	28 février.
	Pridie Kal. Mart......	29 février.

(*b*) Macrobius, Saturn., I, C. 13. « Romani non confecto februario, sed *post vicesimum tertium diem ejus* interkalabant. » Ceci s'applique à l'ancienne année. Par rapport à l'année julienne, Macrobe dit, C. 14 : « statuit ut... unum interkalarent diem, *eo scilicet mense ac loco* quo etiam apud veteres interkalabatur, id est *ante quinque ultimos februarii mensis dies*, idque Bissextum censuit nominandum. » — Censorinus, C. 20, dit de l'ancienne intercalation : « In mense potissimum Februario, *inter Terminalia et Regifugium*, interkalatum est, » et plus loin, en parlant de la nouvelle intercalation : « ut... *ubi mensis quondam solebat*, *post Terminalia* interkalaretur, quod nunc Bissextum vocatur. » On trouve dans Majans, l. c., p. 106, l'indication de plusieurs textes relatifs aux Kalendæ et aux Idus interkalares.

(*c*) Le nom de Mathias et la fête de cet apôtre sont toujours

Que le jour intercalaire des Romains soit un de ceux désignés comme *dies sextus*, c'est ce que prouve la répétition du numéro d'ordre, et ce que personne ne conteste ; seulement reste à déterminer quel est celui des deux. Les sources disent formellement que le jour intercalaire est le *posterior*, et non le *prior* (*d*); mais cette expression présente une équivoque, car on peut l'appliquer aussi bien à la succession naturelle du temps qu'à la manière particulière aux Romains de compter en remontant : dans le premier cas, le jour intercalaire serait le 25 février, et c'est ce que pensent plusieurs auteurs modernes (*e*); dans le second cas, le 24 février. Cette dernière interprétation, déjà confirmée par les expressions dont se sert Ulpien : posterior dies *Kalendarum* (note *d*), c'est-à-dire le jour le plus éloigné des calendes, d'après la manière de compter des Romains, est mise hors de doute par Macrobe et Censorinus (note *b*), car ils disent

le 24 février de l'année ordinaire, le 25 de l'année bissextile, tandis que plusieurs autres jours du calendrier ont changé de nom. Ainsi le 23 février, appelé autrefois Serenus, s'appelle Reinhard dans les calendriers modernes.

(*d*) L. 3, § 3, de minor. (IV, 4), « et posterior dies Kalendarum intercalatur. » — L. 98, § 1, de V. S. (L. 16), « sed posterior dies intercalatur, non prior. »

(*e*) Ainsi, par exemple, Cocceji jus controversum, IV, 4, § 1. On trouve d'autres auteurs cités dans Koch, p. 46, qui lui-même adopte la bonne opinion.

formellement que la nouvelle intercalation a été substituée à l'ancienne, qu'elle se place après les *Terminalia* ou le 23 février, ce qui, autrefois, retranchait les cinq derniers jours du mois.

Néanmoins, la difficulté ne se trouve pas complétement résolue. En effet, tout en reconnaissant que le jour intercalaire des Romains était le 24 février, plusieurs prétendent que, d'après notre manière de désigner les jours du mois par leur quantième, le jour intercalaire est à présent le 29 février (*f*), et cette opinion a quelque vraissemblance; car, si l'on compare les calendriers imprimés d'une année ordinaire et d'une année bissextile, la différence consiste dans l'insertion du 29 février, qui semble ainsi ajouté. Cette opinion n'en doit pas moins être entièrement rejetée. La place assignée au jour intercalaire ne tient nullement à la manière dont les Romains désignaient les jours du mois; car, s'ils ont admis un double *sextus*, ils auraient pu tout aussi bien admettre un double *quintus* ou un double *septimus*. Or, si la désignation des jours du mois n'a pas eu d'influence sur la position du jour intercalaire, le changement de cette désignation ne doit pas en avoir davantage. La place du jour intercalaire est marquée par le ca-

(*f*) Lauterbach, XLIV, 3, § 4; Voet, XLIV, 3, § 2; Cocceji, IV, 4, § 1; Schneidt, p. 17, 22. — Koch, p. 57, adopte la bonne opinion.

lendrier Julien, qui est encore le nôtre, puisque la réforme de Grégoire XIII est étrangère à cet objet. Voici un fait à l'appui de ce que j'avance. Le jour de saint Mathias, qui, dans une année ordinaire est le 24 février, tombe le 25 dans une année bissextile ; si donc le jour intercalaire était le 25 février, il n'y aurait eu aucun motif pour reculer le jour de saint Mathias (f^1). Si l'on considère avec combien de lenteur et d'indécision s'est établie notre manière de compter, on ne peut lui attribuer d'influence sur un changement des règles du droit. En effet, comme l'ancienne et la nouvelle manière de désigner les jours se sont maintenues concurremment pendant plusieurs siècles (§ 180), dans l'opinion de mes adversaires, ceux qui dataient par calendes et par ides auraient eu un autre jour intercalaire que ceux qui avaient adopté l'usage moderne : pour les uns c'eût été le 14 février, pour les autres le 29. Aux premiers il faudrait encore

(f^1) La question de savoir si la fête de saint Mathias devait être célébrée le 24 ou le 25 février fut controversée au douzième siècle. Le pape Alexandre III décida que, ces deux jours n'en formant qu'un seul, chaque église pouvait à cet égard suivre son ancien usage, et que le choix de l'un ni de l'autre jour ne pouvait être regardé comme une erreur. Mais, dans tous les cas, le jour de la Vigilia doit précéder immédiatement celui de la fête. C. 14, X, de V. S. (V, 40). — Les doutes semblent s'être dissipés plus tard, car, dans les calendriers imprimés, le jour de saint Mathias est marqué le 25 février.

ajouter ceux qui dataient d'après le saint dû calendrier. Une semblable distinction est tout à fait inapplicable, et nul ne prétendra qu'elle ait jamais existé.

Le seul argument spécieux en faveur de mes adversaires est la petite difficulté qui résulte de notre manière de compter les jours et les erreurs auxquelles elle peut donner lieu. Cette considération pourrait tout au plus déterminer le législateur à déplacer le jour intercalaire, les jurisconsultes n'ont point qualité pour cela, et encore le législateur aurait-il tort d'innover, car la fixité et l'uniformité du calendrier ont plus d'importance que la difficulté n'a d'inconvénients. Pour en triompher, il suffit d'une attention ordinaire, et si même on mettait un grand intérêt à l'écarter, on pourrait le faire aisément sans toucher au calendrier reconnu pendant plus de dix-huit siècles. Il faudrait, dans les années bissextiles, conserver au mois de février le nombre de 28 jours, et désigner le jour intercalaire par son nom de bissexte, sans lui donner de quantième; de sorte que saint Mathias se trouverait toujours le 24. Cela exprimerait très-bien la réalité des ch ses, et ne porterait aucune atteinte aux parties essentielles du calendrier, qui n'ont aucun rapport avec l'usage de désigner les jours du mois par un quantième.

Je passe maintenant à l'appréciation juridique

du jour intercalaire, dont ce qui précède n'est que le préliminaire. L'intercalation n'est jamais considérée comme un espace de temps ; voici le principe dominant en cette matière, et qui existait déjà pour l'ancien calendrier. Ainsi, le mois intercalaire tout entier était regardé comme un seul instant placé à la fin du jour précédent, le 23 février ; et cela résulte d'un texte remarquable, la L. 98, § 1, 2, de V. S. (L. 16) :

§ 1. Cato putat, mensem intercalarem additicium esse, omnesque ejus dies pro momento temporis observat, extremoque diei mensis Februarii attribuit Quintus Mucius.

§ 2. Mensis autem intercalaris constat ex diebus viginti octo.

Le paragraphe 1 ne fait que confirmer ce que j'ai dit tout à l'heure et n'a pas besoin d'autre explication (*g*) ; mais le paragraphe 2 a eu les destinées suivantes. Au lieu de la leçon du manuscrit de Florence que j'ai transcrite, la Vulgate porte, à ce qu'il paraît, généralement XXIX. C'est là une prétendue correction fondée sur un motif indiqué par la glose (*h*). Le *mensis interca-*

(*g*) La glose fait ici cette remarque : « Cato et Quintus duo stulta dixerunt ; » ce qui vient ensuite n'est que confusion et erreur.

(*h*) Glossa in § cit., *Vigentinovem*. Alias Februarius habet tantum XXVIII. » C'est ainsi que tous les anciens interprètes entendent le § 2, en admettant la leçon XXIX.

laris, disait-on, est le mois de février d'une année bissextile, puisqu'il renferme le bissexte; or, ce mois ayant 29 jours, on doit lire XXIX.

Quand, plus tard, fut découvert le manuscrit de Florence, on chercha à justifier sa leçon en disant que, le jour intercalaire n'étant pas compté, le mois de février d'une année bissextile n'avait, juridiquement parlant, que 28 jours (*i*). Mais cette explication doit être rejetée, aussi bien que la correction de XXIX. Je n'examine pas si l'on a jamais appelé, sous l'empire du calendrier Julien, *mensis intercalaris*, le mois de février d'une année bissextile; je n'ai vu nulle part cette dénomination; mais on sait que *mensis interkalaris*, ou *interkalarius*, désigne ordinairement l'ancien mois intercalaire (*k*). En admettant que cette expression ait eu l'une et l'autre signification (*l*), du moins, dans notre texte du Digeste, il s'agit de l'ancien mois intercalaire, ainsi désigné dans la phrase précédente; car on ne croira jamais qu'à peu de lignes de distance le

(*i*) Ainsi, par exemple, Breuning, p. 11, 12; Schneidt, p. 17.

(*k*) Cf. le passage de Suétone (note *a*) et les textes cités dans Majans, p. 106.

(*l*) C'est ce que prétend Budæus, notæ post. in Dig., in L. 98, de V. S. « Quare scire nos oportet, mensem intercalarem dici non modo eum qui intercalatur, sed etiam in quo intercalatur. » Mais il n'apporte aucune preuve pour établir cette seconde signification.

jurisconsulte ait pris le même mot dans deux acceptions différentes sans en avertir.

Le § 2 parle donc, comme le § 1, de l'ancien mois intercalaire, et le nombre XXVIII lui convient parfaitement; car, ainsi qu'on l'a vu plus haut, le mois intercalaire avait tantôt 27, tantôt 28 jours, y compris les cinq derniers jours retranchés du mois de février. Celsus, qui ne touchait cela qu'en passant, avait sans doute pris le nombre le plus élevé comme l'extrême limite du mois intercalaire; peut-être aussi avait-il dit : XXVII vel XXVIII, et les rédacteurs du Digeste auront abrégé ce texte, qui, d'ailleurs, ne figure dans le Digeste que comme renseignement historique, et n'a aucune influence sur la pratique (*m*).

Ce principe, appliqué à l'intercalation de l'année julienne, fait confondre ce jour intercalaire avec le jour suivant, et, en vertu de cette fiction légale, ces deux jours sont considérés comme un seul et même jour (*n*); les Romains appellent

(*m*) Cujacius in L. cit., opp. t. VIII, p. 559, est sur la bonne voie, car il rapporte ce passage à l'ancien mois intercalaire; puis il tombe dans une confusion difficile à s'expliquer en présence du texte si précis de Macrobe. — Ideler, Chronologie, II, p. 58, 59, a le premier interprété notre texte d'une manière si satisfaisante que j'ai dû me contenter, pour les points essentiels, de reproduire son interprétation.

(*n*) L. 3, § 3, de minor. (IV, 4), « nam id biduum pro uno die habetur. » — L. 98, pr. de V. S. (L. 16), « nam id biduum pro uno die habetur. » De même, C. 14, X, de V. S., « qui duo quasi pro uno reputantur. »

bissextum la réunion de ces deux jours en un (note *b*). Il s'agit maintenant de montrer comment cette règle, établie pour le jour intercalaire, s'applique aux divers rapports de droit.

§ CXCIII. — VI. *Le temps.* 5. *Jour intercalaire.* (Suite.)

Le jour intercalaire, comme affectant les rapports de droit, peut être envisagé sous un double aspect : d'abord, quand il se trouve dans le cours d'un délai ; ensuite, quand il coïncide avec un des deux termes, le commencement ou la fin, ou bien encore avec l'un et l'autre terme.

Le premier cas ne présente en général aucune difficulté. Quand, dans le cours d'un délai, il se trouve un ou plusieurs jours intercalaires, le délai est augmenté d'autant, puisqu'on ne tient aucun compte des jours intercalaires. Ainsi, avant Justinien, lorsque l'usucapion d'une chose mobiliaire commençait au moins de janvier d'une année bissextile, elle n'était accomplie qu'à la fin du trois cent soixante-sixième jour, ce qui causait au possesseur un petit préjudice. Ainsi encore la prescription de trente ans, vu les sept ou huit jours intercalaires compris dans cette période de temps, n'est pas accomplie par trente fois 365 jours, et celui qu'elle dépouille

a sept ou huit jours de plus pour faire valoir ses droits. Cette règle n'est pas contestée, et n'offre pas de difficulté dans l'application ; il s'agit seulement de savoir quels sont les cas où la règle souffre exception ; et ici tout dépend de l'interprétation du texte suivant.

L. 2, de div. temp. præscr. (XLIV, 3). Marcellus.

In tempore constituto judicatis, an intercalaris dies proficere judicato, necne, debeat, quæritur : item de tempore quo lis perit. Sic sine dubio extistimandum est, ut auctum litis tempus intercalari die existimetur : veluti si de usucapione sit quæstio, quæ tempore constituto expleri solet : aut de actionibus quæ certo tempore finiuntur, ut ædiliciæ pleræque (*a*) actiones. Et (*b*) si quis fundum ita vendiderit, ut nisi in diebus triginta pretium esset solutum, inemptus

(*a*) Le mot *pleræque* a semblé suspect à Bynkershoek, obss. IV, 8, en ce que, non-seulement la plupart, mais toutes les actions édiliciennes se prescrivent, et il corrige *peræque*. Mais d'abord *pleræque* pourrait signifier *plusieurs* sans marquer d'opposition à un nombre moindre, de sorte que ce mot, sans exprimer directement l'idée de *omnes*, ne l'exclurait pas. Peut-être ensuite y avait-il des actions édiliciennes imprescriptibles que nous ne connaissons pas. Cf. Püttmann, opusc., p. 145.

(*b*) Au lieu de *et* Bynkershoek, l. c., propose de redoubler le *s* qui précède, et de lire *Set*, ce qui peut à peine s'appeler une correction, puisqu'il ne s'agit que d'un simple redoublement de lettre. En répétant le même procédé on aurait *Set et*, correction toutefois moins nécessaire. Je justifierai le premier redoublement un peu plus loin dans le texte.

esset fundus, dies intercalaris proficiet emptori (*c*). Mihi contra videtur.

Voici l'enchaînement général des idées. D'abord, on met en question deux cas dont le second est seul résolu textuellement, mais la décision s'applique évidemment au premier. Viennent ensuite deux autres cas sans solution formelle, mais qui, d'après la construction de la phrase, doivent être résolus comme les deux premiers. Puis vient un cinquième cas sans liaison apparente avec les précédents; enfin, une condamnation exprimée en termes généraux de la doctrine mise en question et appliquée péremptoirement à un cas posé plus haut.

D'abord, ce n'est certainement pas le même auteur qui, après avoir établi une doctrine comme vraie (sine dubio), la condamne ensuite formellement. Pour ne point imputer à Marcellus une semblable contradiction, mais en augmentant la difficulté à résoudre, plusieurs ont prétendu que

(*c*) Le manuscrit de Florence porte : *proficietempori*, d'où l'on a fait *tempori* par le redoublement du *t*. Mais on peut aussi bien admettre qu'un *t* a été oublié et le placer après le *p*, ce qui donne *emptori*, leçon conforme à celle de la Vulgate. Cette leçon est certainement préférable; car proficit *tempori*, pour exprimer une prolongation de délai, est plus forcé que proficit *emptori*, appliqué à l'avantage personnel de l'acheteur, qui gagne un jour. Nous avons ensuite l'analogie évidente de proficere *judicato* au commencement du texte, où proficere se rapporte également à la personne. Cf. Dirksen Abhandlungen, I, 456.

ces mots de la fin, *mihi contra videtur*, étaient une note où Ulpien rectifie Marcellus (*d*). Cette explication ne saurait être admise, car, d'abord, il faudrait établir la réalité du fait ; de plus, elle suppose dans les rédacteurs du Digeste un manque d'attention qu'on ne doit pas leur imputer sans nécessité ; et d'ailleurs elle ne nous donne pas une solution satisfaisante de la difficulté. Aussi est-ce une opinion générale et fort ancienne que, dans les quatre premiers cas, Marcellus a posé la règle, et dans le cinquième l'exception. Pour mettre cette doctrine en harmonie avec le texte, on a dit que le *mihi contra videtur* s'applique uniquement à la dernière poposition, *et si quis fundum*, et établit ainsi la différence pratique existant entre ce dernier cas et les quatre premiers. Cette opinion, qui remonte au temps des glossateurs, acquiert un nouveau degré de vraisemblance par la leçon *sed* (*set*, *set et*) (note *b*), car elle établit tout d'abord une opposition entre le cinquième cas et les quatre premiers.

Cette explication prépare la solution de la difficulté, mais ne la donne pas. Les cinq cas énumérés n'étant que des exemples de genres, reste toujours la question de savoir dans quels cas s'applique la règle d'après laquelle on ne tient

(*d*) Merillius, obss. VII, 18 ; Schulting, jurispr. antejust., p. 553.

pas compte du jour intercalaire, dans quel cas s'applique l'exception. Pour y répondre, il est nécessaire d'examiner séparément chacun des cas énumérés.

1) *Tempus constitutum judicatis.* Les XII Tables accordaient au débiteur condamné un délai de 30 jours pour payer (*e*), et cette disposition était pleinement en vigueur du temps des jurisconsultes classiques (*f*). Ainsi, Marcellus veut dire : Quand, dans le délai des 30 jours, se trouve un jour intercalaire, le délai est en réalité de 31 jours, car le jour intercalaire se confond avec le *regifugium* qui le suit ; en conséquence le débiteur gagne un jour, *intercalaris dies proficit judicato.*

2) *Tempus quo lis perit.* Ce n'était pas là une prescription, comme on l'a cru autrefois, mais le terme fixé par la L. Julia pour les *legitima judicia ;* d'après cette loi, quand le *judex* n'avait

(*e*) Gellius, XV, 3, et XX, 1, « *triginta dies* justi sunto. »

(*f*) Gaius, IV, § 78, « Bona autem veneunt... judicatorum post tempus quod eis *partim L. XII Tab.*, partim edicto Prætoris... tribuitur » (l'édit avait vraisemblablement étendu à de nouvelles actions les 30 jours des XII Tables, mais on voit par ce texte que la disposition des XII Tables était toujours en vigueur). L. 4, § 5, de re jud. (XLII, 1) d'Ulpien : « si... minorem diem statuerit judex *tempore legitimo*, repleatur *ex lege.* » L. 7, eod., de Gaius : « constitutorum dierum spatium pro judicato, non contra judicatum, *per legem* constitutum est. » La disposition même, sans que l'on en rapporte l'origine à la *Lex* (les XII Tables), se trouve encore L. 29, eod., et L. 16, § 1, de compens. (XVI, 2).

pas prononcé dans un délai de dix-huit mois, le demandeur perdait son procès (*g*). Marcellus dit expressément que le jour intercalaire prolonge ce délai.

3) *Si de usucapione sit quæstio*. Ici le mot *veluti* servant de transition présente quelque difficulté, car il semble dire que l'usucapion est un exemple du *tempus quo lis perit;* or cela est absolument impossible, et trouverait tout au plus à s'appuyer sur la fausse doctrine généralement admise en matière de prescriptions, doctrine entièrement étrangère aux jurisconsultes romains. Aussi n'est-il point nécessaire d'entendre ainsi le *veluti;* on doit plutôt le rattacher à *existimandum est*, et alors *veluti* exprime que la même décision s'applique à l'usucapion. Marcellus veut donc dire : Il n'est pas moins certain, quand il s'agit de l'usucapion, — que le délai d'un an ou de deux ans s'augmente du jour intercalaire.

4) *Aut* (*sit quæstio*) *de actionibus quæ certo tempore finiuntur*. Le jour intercalaire prolonge également le temps de la prescription, et Marcellus cite comme exemple la plupart des actions édiliciennes. J'observe, au sujet de ces actions, que la prescription est de deux mois, de six mois et d'un an (*h*).

(*g*) Gaius, IV, § 104.
(*h*) L. 19, § 6; L. 28; L. 55, de ædil. ed. (XXI, 1).

5) *Si quis fundum,* etc. C'est le cas de la *lex commissoria* pour une vente faite avec un délai de 30 jours; ici le jour intercalaire ne prolonge pas le délai.

Quel est maintenant le caractère général qui distingue les quatre premiers cas du cinquième, et qui doit nous servir à juger tous les autres cas non mentionnés dans notre texte? On motive ordinairement la différence sur ce que, dans les quatre premiers cas, le délai se compte par années ou par mois, et dans le cinquième cas par jours, et il y a effectivement des circonstances où l'on a égard à cette distinction (*i*). Mais, le principe une fois admis que le jour intercalaire est en dehors du temps, il n'y a pas plus de raison d'en tenir compte dans un cas que dans un autre. Voici, d'ailleurs, un argument décisif contre cette opinion. Dans le premier des quatre cas comme dans le cinquième, le délai est exprimé par jours, et ce sont, dans l'un et l'autre, précisément *triginta dies* (*k*).

(*i*) Alciatus in L. 98, de V. S.; Lauterbach, XLIV, 3, § 4; Voetius, XLIV, 3, § 2; Bynkershoek, obss. IV, 8, Glück, vol. III, p. 526.

(*k*) Bynkershoek repousse cette application par des raisons peu concluantes. Il pense que les 30 jours des XII Tables pouvaient aussi bien se prendre collectivement que pour un mois. Comme cela s'appliquerait également aux 30 jours du premier cas dont parle notre texte, cela ne rend pas compte de la différence. — Ensuite, dit-il, peut-être avait-on déjà adopté l'autre

La distinction des années et des jours une fois rejetée, il ne nous reste plus de différence à signaler, sinon que les quatre premiers délais sont établis par une loi ou un édit, et que le cinquième est établi par un contrat. Telle est aussi la distinction fondamentale applicable à tous les cas dont notre texte ne fait pas mention, et l'on trouve à cette distinction un motif puisé dans la nature des choses. La fiction en vertu de laquelle on ne tient pas compte du jour intercalaire repose sur une disposition législative, et le jour intercalaire lui-même est une création de la loi. Quand donc le législateur fixe un délai, on doit supposer qu'il a voulu mettre sa prescription en harmonie avec toutes les autres lois, et aussi avec la loi relative au jour intercalaire. J'en dis autant des délais fixés par le juge; car, le juge étant un organe de l'autorité publique, ses actes émanent de cette autorité. Puisque le principe s'applique à toute espèce de délai réglé par la loi ou par le juge, le jour intercalaire porte à onze jours le délai de dix jours accordé pour interjeter appel (*l*). Mais il en est autrement pour les délais exprimés en semaines, car la semaine

délai de deux mois; mais Gaius et Ulpien reconnaissent formellement la prescription des XII Tables comme le droit en vigueur (note *f*).

(*l*) Cette application a été formellement repoussée, mais sans motifs suffisants. Glück, vol. III, p. 526; Koch, p. 43.

est étrangère au calendrier (§ 180), et n'a aucune relation avec le jour intercalaire. Celui qui exprime un délai en semaines a dans la pensée le jour correspondant du même nom (lundi, mardi, etc.). Or, le jour intercalaire n'exerce sur ce calcul aucune influence.

Mais quand un délai d'un certain nombre de jours est réglé par un contrat, il s'agit alors de rechercher l'intention vraisemblable des parties. Ainsi, en convenant d'un délai de 30 jours, les parties ont vraisemblablement entendu l'espace de trente fois 24 heures, et rien ne nous autorise à croire qu'elles aient pensé au jour intercalaire, et qu'elles aient connu les règles du droit sur le retranchement de ce jour. Si au contraire elles ont exprimé le délai en années, elles auront sans doute pensé à un jour du calendrier revenant une année suivante, et le délai se trouve alors tout naturellement augmenté du jour intercalaire ; de même, s'il s'agit de mois, la clause s'entend toujours comme exprimant le retour du même quantième dans un mois suivant (§ 181).

J'observe que la glose avait déjà énoncé avec clarté et précision les diverses explications possibles, et par conséquent aussi la véritable, qu'elle attribue à Bulgarus et à Johannes (*m*).

(*m*) La différence existant entre les délais établis par la loi et les délais conventionnels a été aussi reconnue par Cujacius, de div. temp. præscript., C. 3, et par Schneidt, p. 26.

§ CXCIV. — VI. *Le temps.* 5. *Jour intercalaire.* (Suite.)

Voyons maintenant comment on opère quand le jour intercalaire coïncide avec le terme d'un délai.

I. Si un délai d'un an commence le 24 février d'une année ordinaire, et que l'année suivante soit bissextile, le délai expire le 25 février, c'est-à-dire le jour d'après le bissexte, ce qui, d'après le calendrier romain, peut s'exprimer ainsi : Le délai commencé le *Regifugium* finit le *Regifugium*, ou, d'après notre calendrier, le délai commencé le jour de saint Mathias finit le jour de saint Mathias. En conséquence, un individu né le 24 février 1775 a été majeur le 25 février 1800 (*a*), à l'heure et à la minute qui correspondent au moment de sa naissance. L'usucapion d'une chose mobilière commencée le 24 février 1797 finit en réalité dans le cours du 25 février 1800, mais, d'après les règles de la computation civile, au commencement du 25, et comme ce jour est identifié avec le jour intercalaire, au commence-

(*a*) C'est ce qu'exprime formellement la L. 98, pr. de V. S. (L. 16), « quo anno intercalatum non est, sexto Kalendas natus, cum bissextum Kalendis est, *priorem diem natalem habet.* »

ment du jour intercalaire lui-même (*b*). Pour se convaincre de l'exactitude de ce résultat, il suffit de le traduire dans le langage du calendrier romain : l'usucapion commencée dans le cours du *Regifugium* finit à l'expiration de la *hora sexta noctis* des *Terminalia,* précisément comme si le terme du délai tombait une année ordinaire ; la présence du jour intercalaire ne change rien à cela.

II. Si le délai a commencé le 25 février d'une année bissextile, et qu'il finisse :

a) Dans une année ordinaire, il finira le 24 février, jour de saint Mathias (*c*).

b) Dans une autre année bissextile, il finira le 25 février, jour de saint Mathias, de même qu'il a commencé le jour de saint Mathias (*d*). — Ces applications sont évidentes et n'ont jamais été contestées ; aussi je ne les cite que pour servir de base à la décision du cas suivant.

(*b*) Unterholzner, Verjährungslehre, I, p. 280. Il faut en dire autant pour la capacité de tester de celui qui est né le 24 février 1786. Koch, p. 87, confond toutes choses par suite de sa doctrine erronée sur la *civilis computatio*.

(*c*) Exemple : l'usucapion d'une maison *inter præsentes*, commencée le 25 février 1800, finit le 24 février 1810, et dès le commencement de ce jour.

(*d*) Exemple : l'usucapion d'une maison *inter absentes*, commencée le 25 février 1800, finit réellement le 25 février 1820 ; mais, en vertu de la computation civile, elle finit au commencement du 24 février.

III. Si le délai commence un jour intercalaire, il finit :

a) Dans une année ordinaire, le 24 février, car il est censé commencer le 25 février (identifié avec le jour intercalaire), et ainsi le cas se décide comme celui du n. II, *a*.

b) Dans une année bissextile il finit le 25 février, encore par analogie du cas rapporté dans le n. II, *b* (*e*).

Je viens de montrer la relation du jour intercalaire avec la computation civile.

L'*utile tempus* ne peut jamais offrir de difficultés. En effet, ce calcul consiste à retrancher du délai tous les jours où il y a un empêchement d'agir. Si donc cet empêchement tombe un jour intercalaire, ce jour n'est point compté; mais l'*utile tempus* cesse alors d'exercer son in-

(*e*) L. 98, pr. de V. S. (L. 16). « Cum bisextum Kalendis est : *nihil refert*, utrum priore an posteriore die quis natus sit, et deinceps sextum Kalendas ejus natalis dies est. » L. 3, § 3, de minor. (IV, 4). « Proinde et si bisexto natus est, *sive priore sive posteriore die*, Celsus scripsit *nihil referre* : nam id biduum pro uno die habetur, et posterior dies Kalendarum intercalatur. » — Voici évidemment ce qui résulte du *nihil referre* : deux hommes, nés l'un le 24, l'autre le 25 février d'une année bissextile, auront pendant toute leur vie le même jour de naissance, et leur majorité commencera le jour correspondant à leur jour de naissance, le 25 février. Telle est sans doute la pensée d'Ulpien dans la L. 3, § 3 cit.; car la phrase sur le jour intercalaire suit immédiatement celle rapportée plus haut (§ 187) sur le calcul *ad momenta*.

fluence, car le jour intercalaire aurait dans tous les cas prolongé le délai ; ainsi donc, que ce jour-là il y ait ou n'y ait pas empêchement d'agir, le calcul reste le même.

Plusieurs auteurs ont prétendu que ces règles, au moins quelques-unes, n'étaient plus applicables au droit actuel, parce que, dans nos calendriers imprimés, le jour intercalaire figure avec son quantième, et dès lors est reconnu comme un jour distinct (*f*). J'ai déjà montré que cette circonstance est indifférente, et que le quantième est étranger au calendrier. Mais il y a au fond de la pensée de ces auteurs l'idée que tout cela est une de ces subtilités romaines dont nous devons nous débarrasser. Toutes ces règles sont au contraire la conséquence logique de l'intercalation que nous avons empruntée aux Romains et dont nous ne saurions nous passer, car il importe peu qu'elle se fasse en février ou dans tout autre mois. Vouloir abandonner les règles de droit relatives au jour intercalaire, ce ne serait pas écarter une subtilité, mais favoriser la confusion. En effet, le terme d'une prescription de trente ans ne serait plus déterminé par le jour du calendrier où elle commence ; au lieu de ce calcul, aussi exact que commode, il faudrait, suivant les circonstances, en retrancher sept ou

(*f*) Westphal, Arten der Sachen, p. 469 ; Glück, vol. III, p. 526, 528.

huit jours, parce que, dans la réalité, la période de trente fois 365 jours expire sept ou huit jours plus tôt. Quand le jour intercalaire tombe au commencement ou à la fin d'un délai, cette difficulté n'existerait pas; mais que gagnerions-nous à faire acte d'inconséquence en admettant pour ces derniers cas une autre règle que pour les premiers?

Une législation moderne, en posant dans les applications particulières des règles qui s'accordent avec les principes généraux établis ici, a reconnu la vérité de ces principes mêmes qui dérivent de l'ancien droit. Le Code prussien dit, relativement à la prescription de trente ans par le non-usage (I, 9, § 548) : « Les jours intercalaires des années bissextiles ne modifient pas le temps de la prescription; » ce qui signifie : l'accomplissement de la prescription est déterminé par la date du jour où elle commence; les jours intercalaires ne la font pas finir sept ou huit jours plus tôt, ou, en d'autres termes, les jours intercalaires sont en dehors du temps. — Le § 549 ajoute : La prescription commençant le 29 février d'une année bissextile finit toujours le dernier jour de février, c'est-à-dire le 28, car la trentième année ne peut jamais être bissextile. — Conformément à ces principes, un autre texte (II, 8, § 859) porte qu'une lettre de change tirée à plusieurs années de date, le 29 février d'une année bissextile,

vient à échéance, dans une année ordinaire, le 28 février. — Ces deux dernières dispositions prouvent clairement que, quand il s'agit d'un jour intercalaire, l'identité du jour n'est pas déterminée par le quantième de nos calendriers imprimés ; et voilà précisément ce qui résulte de tous les détails où je suis entré.

Dans le Code français, cette matière a pris un tour singulier. Le texte primitif était ainsi conçu :

2260. La prescription se compte par jours, et non par heures. Elle est acquise lorsque le dernier jour du terme est accompli.

2261. Dans les prescriptions qui s'accomplissent dans un certain nombre de jours, les jours complémentaires sont comptés. Dans celles qui s'accomplissent par mois, celui de fructidor comprend les jours complémentaires.

Il n'est point question ici du jour intercalaire ; l'article 2261 parle des cinq jours complémentaires du calendrier républicain (de 1793), qui n'ont rien de commun avec le jour intercalaire, car ils servaient à faire accorder les douze mois de trente jours avec l'année de 365 jours, et le jour intercalaire est destiné à faire concorder l'année de 365 jours avec l'année solaire. Le calendrier grégorien fut rétabli à partir du 1[er] janvier 1806, en vertu d'un sénatus-consulte ; l'article 2261 n'avait donc plus d'objet. La loi du

3 septembre 1807 donna au Code civil le nom de Code Napoléon, et effectua en même temps plusieurs changements de détail. L'un de ces changements fut l'omission de l'article 2261 (*g*); mais, pour ne pas changer les numéros des articles, on prit le second alinéa de l'ancien article 2260 pour en faire l'article 2261, et ainsi le Code ne renferme absolument aucune disposition sur le jour intercalaire. Maleville, qui écrivait avant le changement dont je viens de parler, croit que l'ancien article 2261 est également applicable au jour intercalaire, et ainsi se trouvait confirmée en France l'opinion de plusieurs auteurs qui établissent une distinction sur les années et les jours (*h*). Néanmoins, il reconnaît que, d'après de graves autorités, Dunod et Cujas, on doit plutôt distinguer les délais fixés par une loi de ceux résultant d'un contrat. L'ancien article 2261 une fois effacé, l'opinion personnelle de Maleville n'a plus aucune apparence de fondement, et le jour intercalaire est soumis en France aux règles établies plus haut pour le droit romain.

(*g*) Sirey, Jurisprudence de la cour de cassation, an 1807, Additions, p. 350, 354.

(*h*) Maleville, t. IV, p. 391 de la 2[e] édition. Cette édition parut en 1807, après le rétablissement du calendrier grégorien, mais avant la loi du 3 septembre 1807, que l'on ne pouvait pas prévoir. Un argument en faveur de cette opinion était de conserver à l'ancien article 2261 une signification pratique.

Je dois encore signaler ici la forme monstrueuse que la loi française a revêtue dans le royaume d'Italie, fondé par Napoléon. L'article 2261 n'a pas été effacé comme en France; il a été remplacé par cette disposition entièrement différente :

Nelle prescrizioni le quali si compiono in un dato numero di giorni, si computa qualunque *giorno feriato*. In quelle che si compiono a mesi, si ritengono *eguali tutti i mesi*, quantunque composti di numero diseguale di giorni.

Ce texte, et surtout le commentaire qui l'accompagne, font de l'*utile tempus*, de la durée des mois, de la computation civile et du jour intercalaire, une confusion si extraordinaire qu'il eût semblé difficile de la renfermer dans un si petit nombre de lignes (*i*).

§ CXCV. — VI. *Le temps.* — 6. *Temps immémorial.* — *Introduction.*

Böhmer, Jus Eccl. Prot. Lib. 2. — Tit. 26, § 35-45.

(*i*) Codice civile di Napoleone il Grande col confronto delle leggi Romane (3 vol. Milano, 1809, 1810, 1811, in-16), t. III, p. 1638; le tout à l'usage des universités, avec approbation de la direction générale de l'instruction publique et du ministre de la justice.

Wernher, Obs. for. T. I, P. 4. Obs. 5 (c'était primitivement une thèse. Viteberg, 1718).

Kress, de Natura vetustatis. Helmstad, 1734.

Pufendorf, Observ. I, 151, et II, 54, 55.

Neller, Opuscula, vol. II, P. 1. Colon., 1788. Op. II.-V.

Thibaut, Besitz und Verjahrung, p. 178-202.

F. G. F. comes de Ahlefeldt-Laurvig, de Præscriptione immemoriali; Havniæ, 1821, in-8°.

Unterholzner, Verjährungslehre, I, § 140-150.

Pfeiffer Practische Ausführungen, vol. II. Hannover, 1828, p. 3-147.

P. H. I. Schelling, die Lehre von der unvordenklichen Zeit. München, 1835.

Arndts Beyträge. Bonn, 1837. N. III.

Jusqu'ici j'ai toujours considéré le temps comme une durée déterminée, et toutes les règles dont j'ai donné l'explication avaient pour objet exclusif la mesure de cette durée (§ 179). Maintenant je passe à une institution d'une nature très-différente, où le temps nous apparaît sans aucunes limites certaines, mais excédant de beaucoup la longueur de la plupart des délais; et ce caractère de généralité distingue cette institution de toutes celles également fondées sur le temps. L'usucapion, la prescription des actions, etc., se rattachent à des partie spéciales du droit, et ne peuvent être exposées d'une manière satisfaisante que dans leurs rapports avec ces parties spé-

ciales ; aussi n'ai-je dû m'occuper que de l'élément qui fait leur base commune, le temps. Mais l'institution dont je vais parler a une nature tellement générale et affecte des rapports de droit si divers que son exposition complète rentre nécessairement dans la partie générale du traité.

On donne à cette institution différentes dénominations : temps immémorial, possession immémoriale, prescription immémoriale, et aussi *immemoriale tempus, possessio* ou *præscriptio immemorialis*. Le motif pour lequel j'ai préféré la première dénomination ressortira clairement de l'exposé même du sujet. Les expressions latines citées tout à l'heure sont critiquables en la forme, mais exactes au fond, car elles traduisent assez fidèlement les circonlocutions dont se servent les sources : *quod memoriam excedit* ou *cujus memoria non exstat*.

D'après cela on voit que le temps immémorial a, quant à ses effets, de l'analogie avec les diverses institutions que l'on comprend sous le nom allemand de *Ersitzung* (§ 177). Mais quand l'une de ces institutions trouve réellement à s'appliquer, elle exclut le temps immémorial, dont les conditions sont plus difficiles à remplir. Le temps immémorial nous apparaît donc tout d'abord comme ayant pour objet de suppléer à l'insuffisance de certaines institutions. Dès lors nous

avons à déterminer quand ce besoin existe, et comment on y satisfait. Ce besoin peut se présenter quand les conditions de ces diverses institutions manquent, ou lorsqu'il s'agit de matières auxquelles ces institutions ne sont point applicables.

Mais, avant d'énumérer ces différents cas, j'ai à présenter quelques considérations en dehors du droit privé. Il y a souvent dans le domaine du droit public des rapports de droit incertains et douteux, analogues à ceux que l'usucapion et la prescription des actions, dans le domaine du droit privé, règlent d'une manière si bienfaisante, et qu'il n'est pas moins indispensable de fixer. Comme il n'y a pas ici de législateur qui puisse intervenir, cette nécessité a dû se frayer une route de soi-même ; aussi n'avons-nous plus ces délimitations rigoureuses qui existent partout en droit privé. Après la révolution de 1688 en Angleterre, des hommes de bonne foi ont pu pendant longtemps se demander si c'était là un changement légitime ou un fait accompli par la force, et si, les Stuarts revenant victorieux, leurs droits n'auraient pas subsisté sans interruption. Mais lorsque la famille des Stuarts s'éteignit dans la personne du cardinal d'York (en 1806), l'Angleterre et l'Europe avaient depuis longtemps reconnu que la maison de Brunswick était légitimement en possession du trône d'Angleterre.

Ici, et dans tous les cas du même genre, nul ne saurait assigner l'année où le doute se change en certitude ; mais la condition de ce passage a des caractères généraux faciles à déterminer. Quand la génération présente et celle qui l'a précédée n'ont pas connu d'autre état de choses que l'état actuel, il faut reconnaître que cet état de choses s'est complétement identifié avec les convictions, les sentiments et les intérêts de la nation, et alors se trouve accompli ce que l'on peut appeler la prescription du droit public. Comme tel est précisément le caractère assigné par les auteurs au temps immémorial, c'est dans le droit public que j'ai dû en chercher le type.

Ce type nous met également sur la voie pour en déterminer les applications au droit privé. Il y a dans le domaine du droit privé plusieurs droits qui ne lui appartiennent pas immédiatement, et dont il faut rapporter l'origine à l'influence du droit public. Rien donc de plus conforme à la nature de ces droits que de ramener leur acquisition aux règles du droit public. Ainsi, quand des doutes s'élèvent sur l'origine d'un droit semblable, et que nous sommes obligés d'en demander la solution au temps, ce n'est pas aux institutions de droit privé que nous devons recourir, mais à la prescription du droit public définie plus haut. Tel est effectivement le point de

vue sous lequel on envisage en droit privé le temps immémorial, et nous pourrons dès à présent le définir de la manière suivante :

Le temps immémorial a pour objet de suppléer aux institutions du droit privé, relativement à certains droits qui, par leur nature et leur origine, participent du droit public.

C'est dans les dispositions des sources sur le temps immémorial que nous devons chercher la preuve de cette définition. Nous devons donc étudier avec le plus grand soin les textes du droit romain, car ils forment la base véritable de cette institution, et l'on se tromperait beaucoup si l'on croyait qu'elle ne s'y rattache que par un lien accidentel. Tous les anciens auteurs professent la même doctrine, et les développements que le temps immémorial a reçus dans la pratique reposent tous sur les textes du droit romain.

§ CXCVI. — VI. *Le temps. 6. Temps immémorial. — Droit romain.*

Nous trouvons trois institutions où le droit romain subordonne au temps immémorial l'origine d'un rapport de droit : ce sont les chemins vicinaux, les travaux exécutés pour l'écoulement des eaux pluviales, et les conduites d'eau (*a*).

(*a*) On pourrait vouloir ranger dans la même classe la nature

I. Chemins vicinaux. On distingue trois espèces de chemins (*b*): les chemins publics (*publicæ viæ*), les chemins privés (*privatæ*), qui dépendent d'une propriété privée, et les chemins vicinaux (*vicinales*) (*c*). Quant à ces derniers, s'ils sont établis sur un terrain public, ils ont le caractère des *publicæ viæ;* s'ils sont établis sur un terrain et par le concours de plusieurs propriétaires (*d*), ce sont alors des chemins pri-

juridique du trésor. L. 31, § 1, de adqu. rer. dom. (XLI, 1). « Thesaurus est *vetus* quædam depositio pecuniæ, *cujus non exstat memoria.* » Ici l'expression est la même que pour le temps immémorial, mais le résultat est différent, et, à bien considérer la chose, le droit ne s'applique pas au même ordre de faits. Pour le trésor, on n'examine pas s'il n'y a point de souvenir pendant les deux dernières générations. Dès que, par une suite non interrompue de transmissions, on peut établir une propriété actuelle, quelle que soit l'époque à laquelle elle remonte, les dispositions de la loi sur le trésor sont sans application, et elles ne deviennent applicables que quand la chose peut être considérée comme sans maître, et qu'il n'y a pas de propriétaire connu dont les droits seraient compromis.

(*b*) L. 2, § 22, ne quid in loco publ. (XLIII, 8). (Ulpian).

(*c*) L. 2 cit. « Vicinales sunt viæ, quæ in vicis sunt, vel quæ in vicos ducunt. » Peut-être on demandera pourquoi la loi parle seulement des *vici*, et non pas d'autres communautés beaucoup plus importantes, les municipes et les colonies; c'est que pour elles il n'était pas douteux que tous leurs chemins ne fussent *viæ publicæ*.

(*d*) Dans la L. 2 cit., Ulpien observe que le simple entretien par des particuliers ne prouve rien contre la nature d'une *publica via*, parce qu'un chemin public peut aussi être entretenu par ceux qui en retirent le plus d'avantages. Ulpien avait dit auparavant que plusieurs attribuaient à tous les chemins *vicinales* le

vés appartenant en commun à ces divers propriétaires, qui peuvent les abolir ou en interdire l'usage aux étrangers. Néanmoins, les chemins établis dans l'origine sur des propriétés privées deviennent publics lorsque de temps immémorial ils ont existé comme chemins (*e*), et dès lors ils revêtent en droit le caractère de *publicæ viæ*. — Le temps immémorial a donc l'effet d'attribuer au domaine public un chemin privé, comme si ce chemin eût été fait par l'État et sur le terrain de l'État. Ce n'est point ici une propriété privée qui sert de base à l'établissement du droit, et aussi ce droit n'est pas un droit privé. — Ce principe pourrait très-bien trouver à s'appliquer au droit actuel, quoique cette branche de l'administration ne soit nullement organisée comme elle l'était chez les Romains.

II. Travaux exécutés pour l'écoulement des eaux pluviales. — Les dommages que les eaux pluviales peuvent causer aux immeubles (*f*) ont

caractère de chemins publics; il n'admet cette opinion que sauf la distinction établie dans le texte.

(*e*) L. 3, pr. de locis et itin. publ. (XLIII, 7) (Ulpian.). « Viæ vicinales, *quæ ex agris privatorum collatis factæ sunt* (et qui, dès lors, d'après le texte précédent, devraient être *privatæ*), *quarum memoria non exstat*, publicarum viarum numero sunt. »

(*f*) On ne parle ici que de ce danger et des moyens de s'y soustraire; on ne parle pas des avantages que l'on peut retirer des eaux pluviales pour l'agriculture, et qu'un voisin pourrait

donné lieu à une institution très-ancienne, qui repose sur le principe suivant : Nul ne peut changer l'état normal de son terrain, de manière à augmenter ou à diminuer l'écoulement des eaux pluviales, au préjudice d'une propriété voisine (*g*).

Maintenant, en quoi consiste cet état normal ? Dans la configuration naturelle du terrain (*h*), qui procure au propriétaire du fonds supérieur l'avantage de laisser couler sur les fonds inférieurs les eaux pluviales non absorbées par le sol, avantage compensé pour les propriétaires des fonds inférieurs par la fertilisation qui en résulte (*i*). — Il consiste ensuite dans des travaux d'art, tels que digues, fossés, etc., travaux qui tiennent de leur origine le même caractère d'inviolabilité que la configuration naturelle du sol. Ces travaux peuvent être autorisés lors de la fondation d'une

diminuer. Nous n'avons aucun droit à cette espèce d'avantages. L. 1, § 11, 12, 21, de aqua pluv. (XXXIX, 3).

(*g*) L. 1, § 1, 10, 13, de aqua pluv. (XXXIX, 3) ; L. 11, § 6 eod. (dans la première moitié). Cf. Cicero, Top. C. 9.

(*h*) L. 1, § 1, 13, 23, de aqua pluv. (XXXIX, 3), « agri naturam esse servandam. » L. 2, pr. eod., « natura loci. »

(*i*) L. 1, § 22, de aqua pluv. (XXXIX, 3), « hanc esse *servitutem* inferiorum prædiorum. » L. 1, § 23, eod. « et semper inferiorem superiori *servire*. » L. 2, pr. eod., « per quæ inferior locus superiori *servit*. » — Ce sont là des termes figurés dont on se sert pour exprimer la nature des choses ; mais il n'y a réellement aucune servitude, ni même rien qui y ressemble, comme, par exemple, une *servitus non jure constituta, sed tuitione*.

ville par le magistrat chargé de cette fondation, c'est-à-dire en vertu de la *lex colonica*. Dans la suite, ils ne peuvent plus être autorisés par les magistrats municipaux; il faut l'intervention de l'autorité suprême, l'empereur ou le sénat (*k*). Quand l'origine de semblables travaux ne peut être justifiée, chacun a le droit d'en demander la destruction, c'est-à-dire le rétablissement de l'état de choses antérieur (*l*). Néanmoins, si les travaux existent de temps immémorial, en d'autres termes, si la génération présente, et celle qui l'a précédée, n'ont jamais vu les lieux dans un autre état (*m*), cette ancienneté équivaut à une *lex*, et les travaux sont réputés exister légitimement (*n*). Ainsi, l'inviolabilité de l'état normal peut tenir à trois causes différentes : *lex* (*publica*

(*k*) L. 1, § 23; L. 2, pr. de aqua pluv. (XXXIX, 3), « lex. » — L. 23, pr. eod. « Principis aut Senatus jussu, aut ab his qui primi agros constituerunt, opus factum. » — L. 2, § 3, eod., « publica auctoritate facta. » — L. 2, § 7, eod., « fossam jure factam. »

(*l*) Excepté celui qui aurait eu connaissance des travaux et les aurait laissé exécuter, car son silence équivaut alors à un consentement. L. 19, 20, de aqua pluv. (XXXIX, 3).

(*m*) Cela résulte de la L. 2, § 8, de aqua pluv. (XXXIX, 3), et de la L. 28, de prob. (XXII, 3). Je reviendrai sur cette disposition quand je parlerai de la pratique du droit en cette matière.

(*n*) L. 1, § 23, de aqua pluv. (XXXIX, 3), « vetustatem vicem legis tenere. » — L. 2, pr. eod.; « vetustas, quæ semper pro lege habetur. »

auctoritas), *vetustas* (*quæ pro lege habetur*), et enfin *natura loci* (*o*). La *vetustas*, c'est-à-dire le temps immémorial (*p*), ne fait donc que suppléer à la *lex* ou *publica auctoritas*, et a la même efficacité dans les cas où la *lex* est tombée en oubli, ou même n'a jamais existé.

On voit que le temps immémorial produit ici les mêmes effets que pour les chemins publics. Il n'y a point de possession privée, ni de droit privé acquis; l'ancienneté sert à légitimer un état de choses qui est réellement de droit public, et toute personne intéressée a le droit de réclamer l'inviolabilité de cet état. Comme il ne s'agit pas

(*o*) L. 1, § 23, de aqua pluv. (XXXIX, 3); L. 2, pr. eod. « In summa tria sunt, per quæ inferior locus superiori servit : lex, natura loci, vetustas. »

(*p*) Le mot *vetustas*, employé dans la L. 2, pr. de aqua pluv. (XXXIX, 3), se trouve ainsi expliqué au § 1 : « nec memoriam exstare quando facta est. » La L. 2, § 3, eod., réunit ces deux expressions : « quorum memoriam vetustas excedit. » (Cf. en outre L. 2, § 7; L. 23, § 2, eod.) Dès lors on ne peut douter qu'elles ne soient synonymes. — Cette locution n'a qu'un rapport indirect avec celle de plusieurs textes beaucoup moins anciens, où *vetustas* désigne un laps de 40 ans. L. 2, C. Th. de longi temp. præscr. (IV, 13), « annorum XL, quam vetustatem leges ac jura nuncupare voluerunt. » La L. 7, C. de fundis rei priv. (XI, 65), dit dans le même sens : « excepto vetustatis auxilio, » ce qui est une interpolation de la L. 14, C. de fundis patrim. (XI, 61), relative à la prescription de 40 ans, car ces mots ne se trouvent pas dans l'original (Nov. Theod., tit. 28). Je montrerai, § 199, la valeur de cette seconde locution appliquée au temps immémorial.

d'un droit privé, la prescription n'est point applicable; mais, comme le même besoin existe (*q*), on y satisfait de la même manière; seulement le temps est plus long et moins rigoureusement déterminé. D'un autre côté, le droit privé permet aux particuliers d'obtenir pour leurs immeubles une protection semblable, et même plus puissante, au moyen des servitudes. Quand donc une servitude est établie par contrat (*cessio*), par testament ou par l'usage, d'après les principes spéciaux en cette matière, elle prime les règles générales dont je viens de parler, comme dans d'autres cas elle prime la propriété du fonds (*r*). Peut-être objectera-t-on qu'une servitude émanant du droit privé l'emporte sur le *jus publicum*, contre le principe établi § 16. Mais la servitude n'a d'effet qu'entre deux immeubles; elle dépouille l'un d'eux des avantages dérivant de l'état normal, et possiblement aussi de travaux publics qui sont *juris publici;* mais la servitude ne porte aucune atteinte au caractère général de ces travaux comme mesure de police, ni aux avantages

(*q*) L. 2, pr. de aqua pluv. (XXXIX, 3), « minuendarum scilicet litium causa; » de même que, dans la L. 1, de usurp. (XLI, 3), on lit : « ne... diu et fere semper incerta dominia essent. » Cf. Gaius, II, § 44.

(*r*) Les L. 2, § 10, L. 1, § 17, 23, de aqua pluv. (XXXIX, 3), parlent des rapports et des différences de notre principe avec les servitudes, et du concours possible d'une servitude véritable, auquel cas la servitude doit toujours l'emporter.

que d'autres immeubles peuvent en retirer (*s*).

On ne saurait faire, en droit actuel, l'application littérale de ces principes; car nous n'avons pas, comme les Romains, des magistrats spécialement établis pour la fondation des villes, et les pouvoirs suprêmes de l'État, l'empereur et le sénat, ne rendraient pas directement des règlements de cette nature. Mais on peut toujours se conformer à l'esprit de ces principes, car il y a certainement partout des magistrats chargés de surveiller les établissements de ce genre, et un état de choses existant de temps immémorial supplée à la preuve de leurs décisions.

§ CXCVII. — VI. *Le temps.* 6. *Temps immémorial. Droit romain.* (Suite.)

III. Conduites d'eaux.

Les deux textes suivants nous montrent le

(*s*) Un cas semblable est celui où l'on constituait à Rome une *servitus altius tollendi*, contrairement aux lois sur la hauteur des édifices. — Au reste, je ne parle ici de l'*actio aquæ pluviæ* que sous sa forme pure et primitive. Diverses extensions proposées par voie d'analogie ont donné lieu à des controverses où la *vetustas* soulève de nouvelles difficultés; par exemple, dans la L. 2, § 4, 5, 7, de aqua pluv. (XXXIX, 3). La discussion de semblables questions m'éloignerait trop de mon sujet, et je la renvoie à la partie spéciale du traité consacrée à cette action.

droit à une conduite d'eaux fondé sur une possession immémoriale.

L. 3, § 4, de aqua quot. (XLIII, 20). (Pomponius.)

Ductus aquæ, cujus origo memoriam excessit, jure constituti loco habetur.

L. 26, de aqua pluv. (XXXIX, 3). (Scævola.)

Scævola respondit, solere eos qui juri dicundo præsunt tueri ductus aquæ, quibus auctoritatem vetustas daret, tametsi jus non proberetur.

Voici le cas le plus difficile que présente la matière du temps immémorial, et la fréquente application de cette règle par les tribunaux lui donne une grande importance. Mais, afin de traiter complétement la question, il faut reprendre les choses de plus haut.

Relativement à la propriété, nous voyons très-anciennement une *longi temporis præscriptio* établie contre la revendication; et ici *longum tempus* ne désigne pas un temps indéterminé, mais bien 10 ou 20 ans, d'après la distinction établie entre la *præsentia* et l'*absentia* (*a*). Il se pourrait que, dans l'origine, la durée du délai ait été illimitée, par conséquent abandonnée à la décision des ma-

(*a*) Paulus, V, 2, § 3, et V, 5, A, § 8; L. 7, C. quibus non objicitur (VII, 35); L. 11, 12, C. de præscr. longi temp. (VII, 33). — La L. 1, C. de præscr., l. t. (VII, 33), de Sévère, implique évidemment le même principe, surtout quand on le rapproche des textes de Paul.

gistrats, et que les constitutions impériales ne l'aient fixée que plus tard; mais il est bien plus vraisemblable que le délai a été limité dès le principe, et qu'ici, comme dans tant d'autres cas, les constitutions impériales ont seulement constaté et confirmé le droit déjà en vigueur (*b*).

Anciennement, les servitudes pouvaient s'acquérir par l'usucapion, c'est-à-dire par une possession d'un an ou de deux ans. La *lex Scribonia* abolit cette matière d'acquérir (*c*). Mais, comme on avait évidemment besoin dans la pratique de recourir au temps pour fixer les rapports de droit douteux en matière de servitudes, il se forma, par analogie de la *longi temporis præscriptio*, un principe que les anciens jurisconsultes posent déjà comme certain. Celui qui, pendant un *longum tempus*, c'est-à-dire 10 ou 20 ans, use d'une servitude (*d*), est considéré comme

(*b*) L. 76, § 1, de contr. empt. (XVIII, 1) (Paul.), « longæ possessionis præscriptione, si... impleat *tempora constitutionibus statuta*. » — Les textes suivants supposent déjà un temps déterminé : L. 54, de evict. (XXI, 2) (Gaius); L. 13, § 1, de jurejur. (XII, 2) (Ulpien et Julien); L. 21, de usurp. (XLI, 3) (Javolenus); L. 14, pro emt. (XLI, 4) (Scævola, avec la distinction de *præsens* et *absens*).

(*c*) L. 4, § 29, de usurp. (XLI, 3).

(*d*) L. 10, pr. si serv. (VIII, 5). « Diuturno usu et *longa quasi possessione*. » Plus loin on lit : per annos *forte tot;* ces mots se rapportent au nombre déterminé d'années qui, dans chaque espèce, doit être exprimé et établi, nombre qui peut varier beaucoup, mais ne doit jamais être moindre de 10 (ou 20)

ayant effectivement acquis le droit d'exercer cette servitude (*e*); non-seulement on lui accorde une *temporalis præscriptio* contre l'action du propriétaire, mais il peut lui-même intenter une action (*f*). Au lieu du titre positif, nécessaire pour l'usucapion et la *longi temporis præscriptio,* on exige ici un titre négatif; il fa utque, dans l'origine, la possession ne soit ni le résultat de la violence, ni clandestine, ni précaire (*g*). Ce

ans. — L. 1, C. de serv. (III, 34), « *longi temporis* consuetudinem. » — L. 2, C. eod., « *exemplo rerum immobilium tempore quæsisti.* Quod si *ante id spatium,* » etc. Ce rescrit a sans doute été fait pour une province, et, pour les immeubles des provinces, la *l. t. præscriptio* remplaçait absolument l'usucapion. La périphrase *exemplo rer. immob.* désigne la prescription de 10 ou de 20 ans, comme cela résulte évidemment de la répétition : *id* spatium. — L. 5, § 3, de itin. (XLIII, 19), « velut *longi temporis* possessionis prærogativam » (le *velut* se rapporte à la simple *quasi* possessio en matière de servitudes). — L. 1 § 23, de aqua (XXXIX, 3), « et in servitutibus... qui *diu* usus est servitute... habuisse *longa* consuetudine. » Le rapprochement de ces différents textes lève toute incertitude sur le sens de ces expressions, qui pourrait sembler douteux si elles étaient isolées. — On pourrait objecter la L. 10, § 1, de usurp. (XLI, 3), « Hoc jure utimur ut servitutes per se *nusquam longo tempore capi* possint. » Mais ce n'est là que l'interpolation inutile et souvent reproduite de *longo tempore capi,* substituée à *usucapi* toutes les fois qu'il est question d'immeubles.

(*e*) L. 1, C. de serv. (III, 34), « *vicem servitutis* obtinere. » — L. 1, § 23, de aqua pluv. (XXXIX, 3), « habuisse longa consuetudine *velut* jure impositam servitutem videatur. »

(*f*) L. 10, pr. si serv. (VII, 5), « sed utilem habet actionem. »

(*g*) L. 10, pr. si serv. (VIII, 5), « non vi, non clam, non

principe s'applique certainement à toute espèce de servitudes prédiales, et nous le voyons reconnu expressément pour la servitude *altius tollendi* (*h*), pour les conduites d'eau (*i*) et pour les chemins (*k*). Quant aux servitudes personnelles, passagères de leur nature, l'application du principe est plus rare et moins importante; néanmoins, nous n'avons pas lieu de douter qu'elle n'ait toujours été faite (*l*).

Voici, maintenant, le siége de la difficulté qui,

precario. » De même dans la L. 1, C. de serv. (III, 34), « nec vi, nec clam, nec precario. » L. 1, § 23, de aqua pluv. (XXXIX, 3), « neque vi, neque precario, neque clam. » — Tel est aussi le sens de la L. 2, C. si serv. (III, 34). « Si aquam per possessionem Martialis *eo sciente* duxisti, etc., c'est-à-dire : « Si tu as établi la conduite, telle que tu la réclames, *au su* de Martialis. » Le *eo sciente* est emprunté à l'exposé des faits et reproduit comme condition du jugement; car, ce point une fois établi, il en résulte nécessairement l'absence du *vi, clam, precario*. C'est à tort que, d'après ce texte, plusieurs auteurs ont fait de la *scientia* une condition absolue de l'établissement des servitudes.

(*h*) L. 2, C. de serv. (III, 34). Le demandeur s'oppose à ce que l'on bâtisse, et le défendeur (is qui pulsatur) figure comme pouvant avoir acquis la servitude par prescription. Il s'agit donc ici d'une servitude altius tollendi, et non pas altius *non* tollendi.

(*i*) L. 10, pr. si serv. (VIII, 5); L. 2, C. de serv. (III, 34).

(*k*) L. 5, § 3, de itin. (XLIII, 19).

(*l*) Ce défaut d'intérêt nous explique pourquoi nous ne trouvons là-dessus qu'une mention fugitive, et seulement dans une loi de Justinien, L. 12, in f. C. de præscr. long. temp. (VII, 33). « Eodem observando, et si res non soli sint, sed incorporales, quæ in jure consistunt, *veluti ususfructus, et ceteræ servitutes*. »

jusqu'à nos jours, a eu un si grand intérêt pratique. D'après les deux textes transcrits au commencement de ce paragraphe, il faut, pour acquérir une conduite d'eaux, un temps immémorial; d'après les textes cités tout à l'heure, les servitudes, et par conséquent aussi celle relative à la conduite des eaux, peuvent s'acquérir par 10 et 20 ans, c'est-à-dire dans un temps incomparablement plus court. Il s'agit d'expliquer cette contradiction apparente (*m*), qui, depuis des siècles, a occupé les jurisconsultes; mais je vais d'abord passer en revue les diverses solutions proposées pour montrer qu'elles sont en grande partie insuffisantes.

Je mentionnerai d'abord celles qui, pour les servitudes, enlèvent au temps immémorial tout intérêt pratique. Ainsi, Cujas (*n*) dit que le *longum tempus* confère une *utilis actio*, et le temps immémorial une *directa*. Cette distinction n'aurait aucune influence pratique; mais elle n'est

(*m*) On pourrait dire qu'il n'y a pas contradiction, car la mention du temps immémorial n'implique pas absolument l'insuffisance de dix ans (Braun, Zusætze zu Thibaut, p. 895). Mais celui qui croirait qu'une possession de dix ans suffit pour établir une servitude s'exprimerait impardonnablement mal s'il représentait cet établissement comme la conséquence d'une possession immémoriale. C'est donc ici le cas ou jamais de l'argument *a contrario*.

(*n*) Cujacius, Observ. XVIII, 28. Schelling, p. 16, reproduit l'opinion de Cujas.

pas mieux fondée en théorie. Sans doute on distingue ailleurs la servitus *jure* (civili) constituta et celle per *tuitionem prætoris* (o); mais cette dernière désignation est précisément appliquée au temps immémorial (p), et l'on ne concevrait guère qu'une chose aussi indéterminée que la *vetustas* ait constitué, comme l'usucapion, un droit rigoureux d'après le *jus civile*. — Unterholzner entend, par *ductus aquæ*, dans les deux textes de Pomponius et de Scævola, les fossés creusés pour l'écoulement des eaux pluviales; et ainsi il applique ces textes, non pas aux conduites d'eaux, mais à l'*actio aquæ pluviæ*, où l'influence de la *vetustas* n'est nullement douteuse (q). Mais, dans les textes nombreux où se trouvent *aquæ ductus* et *aquam ducere*, on entend toujours la conduite des eaux pour un usage déterminé; le détournement des eaux pluviales s'exprime par *abducere*. Je citerai comme exemple la servitus stillicidii *avertendi*; et, pour désigner les fossés d'écoulement, les sources du droit emploient des expressions toutes différentes (r).

(o) L. 1, pr. quib. mod. ususfr. (VII, 4); L. 1, § 2, de S. P. R. (VIII, 3); L. 2, comm. præd. (VIII, 4); L. 11, § 1 de public. (VI, 2), et dans plusieurs autres textes.

(p) Ainsi dans les deux textes cités littéralement au commencement de ce paragraphe.

(q) Unterholzner, § 142.

(r) L. 2, § 1, de aqua pluv. (XXXIX, 3), « fossa vetus...

Les solutions dont je vais parler maintenant ont cela de commun qu'elles exigent pour l'acquisition des servitudes, suivant les différents cas, tantôt 10 ans, tantôt 20 ans, tantôt un temps immémorial, ce qui donne au temps immémorial une grande importance en cette matière.

a) Un auteur pense qu'il suffit de 10 ou de 20 ans, si la possession a commencé *nec vi, nec clam, nec precario;* qu'autrement il faut un temps immémorial (*s*). Cette doctrine est tout à fait inadmissible; car une possession immémoriale implique une origine inconnue, tandis qu'on connaît cette origine si on la déclare entachée de violence, clandestine ou précaire.

b) D'autres pensent que 10 ou 20 ans suffisent si, dans l'origine, la possession repose sur un titre, un contrat de vente, par exemple; qu'autrement il faut un temps immémorial (*t*). Cette doctrine est également inadmissible, car les textes cités plus haut, relatifs à l'acquisition de servitudes par la *longi temporis possessio,* ne parlent pas de titre, mais exigent pour l'origine de la possession des conditions toutes différentes.

agrorum siccandorum causa; » de même L. 2, § 2, 4, 7; L. 1, § 23, eod.

(*s*) Donellus, XI, 11, § 17.

(*t*) Van de Water, Observ. II, 18; Thibaut, Besitz und Verjährung, p. 111, 181. Plus tard Thibaut a abandonné cette opinion. Pandekten, § 1017, 8e édition; Braun, Zusætze zu Thibaut, p. 896, sur le § 1054.

(*nec vi, nec clam*, etc.), conditions que l'on ne pourrait, sans absurdité, exiger concurremment avec le titre.

c) Voici une opinion plus spécieuse, et qui a été plus souvent que toute autre adoptée par les tribunaux. Pour une *continua servitus* (par ex., *tigni immittendi*), 10 ou 20 ans suffisent; pour une servitude *discontinua* (par ex., *via*), il faut un temps immémorial (*u*). — On comprendra la portée de cette opinion si l'on considère que les deux servitudes prédiales les plus importantes, le droit de pacage et l'affouage, sont *discontinuæ*; de sorte que le temps immémorial s'appliquerait plus souvent, et à des intérêts plus graves, que la possession de 10 et de 20 ans. Si l'on confronte cette opinion avec les témoignages des sources, on connaît bientôt qu'elle est insoutenable. Les deux textes transcrits au commencement de ce paragraphe, relatifs au temps immémorial, parlent de l'*aquæductus*, ainsi que

(*u*) Glossa *Quæsisti* in L. 2, C. de serv. (III, 34), et *forte tot* in L. 10, si serv. (VIII, 5), où la *continua servitus* figure sous le nom de *perpetua causa*. A côté de cette opinion, la glose en rapporte encore une autre dont je parlerai plus bas. — Glück, vol. IX, p. 148, cite un grand nombre d'auteurs modernes qui adoptent cette opinion. — Sans doute il reste encore à définir la *servitus discontinua*, et là-dessus les avis sont très-partagés, car la chose est tout à fait étrangère au droit romain. Pfeiffer, p. 115, la renferme dans des limites fort étroites.

deux des textes qui déclarent la *longa possessio* suffisante (note *i*). Or, la conduite d'eaux étant tantôt *continua*, s'il s'agit, par exemple, d'un tuyau de fontaine, tantôt *discontinua*, s'il s'agit, par exemple, d'irrigation de prairies, il faut admettre que, des quatre textes cités, deux s'appliquent au cas d'une servitude *continua*, deux à celui d'une servitude *discontinua*, sans que jamais cette circonstance soit exprimée. On doit évidemment rejeter une interprétation aussi forcée, et que ne justifie pas la moindre indication dans les deux textes eux-mêmes, ni aucune espèce d'analogie (*v*). Voici, d'ailleurs, contre cette doctrine, un argument péremptoire : un autre texte (note *k*) déclare la *longa possessio* suffisante pour acquérir la servitude d'un chemin, servitude essentiellement *discontinua*, et qui, dans l'opinion que je combats, ne pourrait s'acquérir que par un temps immémorial.

Les considérations suivantes mènent, suivant moi, à la véritable interprétation de nos textes. Les servitudes s'établissent régulièrement, en vertu d'un contrat, avec le propriétaire (*in jure cessio*), auquel supplée, comme pour la pro-

(*v*) Les textes qui déclarent une possession de 10 ou de 20 ans suffisante pour acquérir un *aquæductus* (note *i*) s'expriment en termes généraux et ne parlent jamais du *continuus* aquæductus, omission impossible si la continuité était effectivement une condition de l'établissement de la servitude.

priété, l'usucapion, remplacée dans la suite par la possession de 10 ou de 20 ans. Maintenant il existe une espèce de conduite d'eaux qui, par ses apparences extérieures et les avantages qu'elle procure, est identique à la servitude de ce nom, mais dont le caractère juridique est essentiellement différent. Un particulier peut vouloir faire une prise d'eau à un aqueduc public ; une servitude est impossible, puisque ce particulier n'a point de propriétaire pour contradicteur. Mais l'empereur pouvait accorder, à titre de grâce, une semblable jouissance ; et alors le préteur la considérait comme un droit privé, et la protégeait contre toute espèce de troubles par un interdit (*w*). Si le rescrit impérial venait à se perdre, la concession ne pouvait plus se prouver ; la possession de 10 ans n'était ici d'aucun secours, car elle supplée à la preuve de l'établissement d'une servitude véritable ; or le droit exercé n'est point une servitude et ne saurait être établi par un particulier. En pareil cas, on peut seulement recourir au temps immémorial, que nous avons vu ailleurs, pour les chemins

(*w*) L. 1, § 38-45, de aqua quot. (XLIII, 20). L'empereur seul pouvait conférer ce droit (§ 42). L'interdit n'était pas possessoire, mais portait sur le droit lui-même (§ 45). Les L. 2, 3, 5, 6, 7, 9, 11, C. de aquæductu (XI, 42), parlent de ces concessions, de leur forme, et aussi de leur révocation. Parmi ces lois, la L. 6 cit. se sert du mot *servitus*, mais ce n'est pas évidemment dans le sens propre du mot.

publics et les travaux contre les eaux pluviales, suppléer à un établissement régulier émanant de l'autorité publique (§ 196). Ainsi disparaît toute contradiction entre les servitudes établies par une possession de 10 ans; car nos deux textes ne se rapportent pas à une servitude, mais à l'usage privé d'une conduite d'eau publique.

Je ne veux point dissimuler les objections que l'on peut élever contre cette interprétation. J'ai blâmé ceux qui supposent gratuitement que les textes parlent, tantôt d'une *continua*, tantôt d'une *discontinua servitus;* or ma supposition de la *publica aqua* ne semble pas moins gratuite. Mais voici les arguments spéciaux que j'invoque pour justifier ce procédé. Je n'ajoute rien aux textes qui établissent la possession de 10 et de 20 ans (note *i*); je leur laisse leur signification littérale, tandis que mes adversaires restreignent leur application à une *continua servitus.* Dans les textes qui parlent du temps immémorial, je suppose, il est vrai, qu'il s'agit d'une *publica aqua;* mais cette supposition est justifiée d'abord par analogie évidente des chemins publics et des travaux contre les eaux pluviales (§ 196). Ensuite, dans un de ces textes, il est question peu auparavant d'une *aqua publica,* et ce texte lui-même vient presque immédiatement après la longue loi qui traite avec détail des

concessions sur les conduites d'eaux publiques (*x*); enfin, un texte parallèle du Code, qui exprime évidemment le même principe, se rapporte précisément à l'usage des conduites d'eaux publiques (*y*). — La considération suivante vient encore ajouter au poids de ces arguments. Dans nos deux textes, le point capital n'est pas leur disposition directe, mais bien l'opposition qu'ils impliquent (§ 197, *m*), et la circonstance du *publicus aquæductus* ne fait que déterminer cette opposition. Or on doit se faire moins de scrupule

(*x*) La L. 1, § 38-45, de aqua quot. (XLIII, 20), parle de l'*aqua ex castello* (note *w*); vient ensuite une L. très-courte, la L. 2, puis la L. 3, eod., dont les §§ 1 et 2 sont relatifs à l'*aquæductus ex flumine publico*. Si donc je rapporte aussi le § 4 à l'*aqua publica*, la place même qu'occupe ce paragraphe confirme mon interprétation.

(*y*) L. 4, C. de aquæductu (XI, 42). « Usum aquæ *veterem*... singulis civibus manere censemus, nec ulla novatione turbari, » etc. Il s'agit ici d'une eau publique; cela résulte de l'ensemble du titre, des expressions du texte qui indiquent une concession faite par l'empereur à ses sujets, et enfin des menaces prononcées contre ceux qui donneraient à l'ancienne possession une extension clandestine. — L. 7, C. de serv. (III, 34). « Si manifeste doceri possit, jus aquæ *ex vetere more* atque observatione... utilitatem certis fundis irrigandi causa exhibere : procurator noster, ne quid *contra veterem formam*... innovetur, providebit. » Ce texte étant placé au titre de servitutibus, on pourrait croire qu'il se rapporte à une servitude proprement dite; mais il s'agit ici d'une prise d'eau à un aqueduc public, comme cela résulte des expressions *certis fundis* et du *procurator noster*, qui n'aurait pas eu à intervenir dans une *confessoria actio* ordinaire. C'est donc là une *lex fugitiva*.

d'admettre une semblable restriction pour une règle qui n'est point exprimée directement, mais qu'il faut dégager par un *argumentum a contrario.*

Cette interprétation n'est pas nouvelle quant au fond; elle se trouve déjà, avec plusieurs autres mentionnées précédemment, dans la glose (*z*), et dans divers auteurs plus modernes (*aa*). Mais comme jusqu'ici elle n'a pas été présentée d'une manière complète, ni mise en rapport avec les principes de droit analogues, elle n'a pas obtenu dans l'opinion la place qui lui appartient.

Si maintenant l'on se demande quel est le résultat positif et direct de cette recherche sur le droit romain, il se réduit sans doute à peu de chose; car les changements qu'a subis l'organisation des pouvoirs publics ne permettent guère d'appliquer aujourd'hui les trois règles qui dominent la matière du temps immémorial. Nous n'avons pas, comme les Romains, des aqueducs immenses que l'on puisse faire servir aux besoins des particuliers.

(*z*) Glossa *Quæsisti*, L. 2, C. de serv. (III, 34), « ibi de aqua ex flumine publico dicit vel fiscali, hic privato. » De même dans la glose *forte tot*, L. 10, si serv. (VIII, 5). Cf. note *u*.

(*aa*) Connanus, Comment. IV, 12, Num. 17, 18; Pufendorf, Observ. I, 32, § 16; Neller, p. 69, 85, 92; Ahlefeldt, p. 77-79. On doit reconnaître que Neller, dans ses dissertations écrites à différentes époques, a parfaitement médité le sujet. Il n'est arrivé à cette explication qu'après avoir tenté deux autres moyens pour résoudre la difficulté.

Le point de vue général qui ressort de ces règles a pour nous plus d'intérêt et pourrait être étendu aux législations modernes. Mais le résultat le plus important de cette recherche pour la pratique du droit est un résultat négatif, car nous avons reconnu que le temps immémorial était complétement étranger à la matière des servitudes. Cela est également vrai pour les charges réelles du droit germanique, dont la prescription se règle en grande partie d'après les principes du droit romain sur les servitudes.

Peut-être dira-t-on que, bien que contraire au droit romain, l'application du temps immémorial aux *discontinuæ servitutes* fait maintenant partie du droit coutumier général de l'Allemagne. Sans doute plusieurs tribunaux, tels que le tribunal suprême de la Hesse électorale, ont toujours suivi cette doctrine (*bb*); mais d'autres tribunaux, tels que le tribunal suprême du Hanovre, l'ont constamment rejetée (*cc*); d'où l'on voit qu'elle n'a pas été adoptée généralement. Dans les pays même où le tribunal suprême a sanctionné cette fausse doctrine, elle n'a point le caractère d'un droit coutumier particulier (*dd*). En effet, ces tribunaux ne l'ont point appliquée comme appartenant au droit spécial du pays,

(*bb*) Pfeiffer, p. 116.
(*cc*) Pufendorf, Observ. I, 32, § 20.
(*dd*) C'est ainsi que Pfeiffer, p. 114, envisage la chose.

mais comme une loi romaine, car ils invoquent des textes du Digeste et l'autorité des auteurs qui ont écrit sur le droit commun. Ce n'est pas non plus un de ces cas où, en présence d'un besoin pratique, on cherche dans le droit romain une justification apparente; car les délais déterminés de la prescription répondent bien mieux aux besoins de la pratique que le temps immémorial. Le cas présent est, au contraire, un de ceux où les tribunaux qui ont adopté une fausse théorie doivent l'abandonner dès qu'ils ont reconnu leur erreur, et appliquer à l'avenir la doctrine contraire (§ 20).

§ CXCVIII. — VI. *Le temps.* 6. *Temps immémorial.* — *Droit moderne.*

Nous trouvons dans le droit canon deux applications remarquables du temps immémorial.

Un légat du pape avait interdit au comte de Toulouse de lever certains droits régaliens utiles (*pedagia*, *guidagia*, *salinaria*). Sur l'appel du comte de Toulouse, le pape Innocent III confirme la prohibition, attendu que ces droits étaient levés arbitrairement et n'avaient pas une origine légale. Les droits ayant une origine légale sont ceux concédés par l'empereur, par un roi ou par le concile de Latran, et, en outre,

vel ex antiqua consuetudine, *a tempore cujus non exstat memoria,* introducta (*a*).

Cette décision est tout à fait conforme à l'esprit du droit romain. Des droits de cette nature ne peuvent s'acquérir par l'usucapion; mais le temps immémorial remplace ici l'usucapion.

Le second texte (*b*) se rapporte à un évêque qui prétendait avoir des droits sur des églises et des dîmes hors de son diocèse; et voici les principes que l'on y voit appliqués. L'usucapion est accomplie contre un particulier, avec titre, après 3, 10 ou 20 ans, sans titre, après 30 ans. Mais comme en général on ne prescrit contre l'Église que par 40 ans, pour une usucapion ordinaire contre l'Église on exige uniquement la *bona fides*, et l'existence du titre est indifférente; car avec ou sans titre l'usucapion n'est jamais accomplie qu'après 40 ans. Mais dans l'espèce proposée il n'en est pas ainsi, parce que le droit prétendu fait exception à la constitution de l'Église (*jus commune*), qui règle la délimitation des diocèses. Or, toutes les fois qu'en matière de prescription le droit invoqué contre l'Eglise est contraire au *jus commune* ou à une

(*a*) C. 26, X, de V. S. (V, 40), de l'an 1209.

(*b*) C. 1, de præscriptionibus in VI (II, 13), de l'an 1298. — On a encore cité un troisième texte, C. 1, de consuet. in VI (I, 4) (Schelling, p. 54). Ce texte se rapporte au droit coutumier, et non au temps immémorial.

présomption, indépendamment des 40 ans il faut un titre, ou, à défaut de titre, une possession immémoriale.

Ubi tamen est ei jus commune contrarium, vel habetur præsumtio contra ipsum (*c*), bona fides non sufficit; sed est necessarius titulus, qui possessori caussam tribuat præscribendi : nisi tanti temporis allegetur præscriptio (*d*), *cujus contrarii memoria non exsistat*.

(*c*) Littéralement, cela signifie que le titre est exigé dans deux cas différents : 1° contre le *jus commune;* 2° contre une présomption. Mais il semble plus naturel de donner au mot *vel* un sens déterminatif, et non disjonctif; alors la présomption ne serait que la répétition en d'autres termes de *jus commune*, mais avec indication du motif pour lequel il y a une différence dans le cas d'opposition au *jus commune*. La construction inverse, qui précède immédiatement, vient confirmer cette interprétation : « Nam licet ei... si sibi non est contrarium jus commune, vel contra eum præsumptio non habeatur, sufficiat bona fides; » car cette phrase prise à la lettre dispenserait le possesseur de la preuve du titre dans chacun des deux cas exprimés, et serait en contradiction avec celle citée dans le texte. Mais la contradiction disparaît si l'on traduit *vel* par *sive* ou *id est*. — Quel que soit du reste le sens donné à ce mot, on ne doit pas induire de notre texte la nécessité de la possession immémoriale pour toutes les servitudes, parce qu'elles seraient contraires à la présomption (Schelling, p. 18). L'expression d'une présomption (pro libertate) n'est nullement applicable en pareille matière, et le droit canon n'y a certainement pas pensé.

(*d*) Dans Unterholzner, § 143, on lit *probatio* au lieu de *præscriptio*, sans doute par suite d'une erreur de la copie. Schelling, p. 3, 52, prétend que *præscriptio* est une correction d'invention moderne, et que *probatio* est l'ancienne et la bonne leçon J'aurais désiré qu'il eût cité ses autorités : pour moi, je

Ce texte se conforme au droit romain, en n'admettant le temps immémorial que pour écarter un obstacle d'ordre public; mais il s'en éloigne en considérant la possession immémoriale comme suppléant aux conditions de l'usucapion, et en les appliquant toutes deux au même objet. D'après les principes rigoureux du droit romain, il eût toujours fallu, pour les dîmes dans un diocèse étranger, une possession immémoriale, sans égard à l'existence ou à l'absence d'un titre. Notre texte s'écarte donc du droit romain moins par l'admission du temps immémorial que par l'admission de la possession de 40 ans avec un titre. Dans tous les cas, et c'est ici le point capital, on ne saurait dire que le droit canon ait établi, pour le temps immémorial, un principe entièrement nouveau et différent des principes du droit romain.

Les lois de l'Empire mentionnent souvent le temps immémorial, et toujours comme moyen d'acquérir en droit public. Ainsi la bulle d'or parle du temps immémorial à côté des anciens priviléges accordés par les empereurs et les rois à leurs sujets bohémiens, pour les soumettre

n'ai jamais trouvé que *præscriptio*, savoir, dans deux manuscrits, l'un de la bibliothèque de Berlin, l'autre de ma bibliothèque, dans la glose *memoria* de Johannes Andreæ, et dans les éditions de 1473, 1477, 1479, 1482. D'ailleurs l'ensemble du texte réclame *præscriptio*.

exclusivement à la juridiction des tribunaux bohémiens (*e*).

Un recez de l'Empire, de 1548, garantit aux membres de l'Empire la franchise des tributs impériaux, lorsque l'on ne peut pas établir que de mémoire d'homme ils aient payé ces tributs (*f*). Plus tard cette disposition a été confirmée par un autre recez de l'Empire (*g*).

Si l'on combine ces dispositions des législations modernes avec les règles du droit romain, on obtient, pour l'application du temps immémorial, le principe suivant :

Dans tous les cas, ou le temps détermine l'acquisition d'un droit public, ou, pour un particulier, l'exemption d'un pareil droit, et dans ces cas seulement le temps immémorial est exigé.

Cela nous explique pourquoi cette institution, qui en droit romain occupe une place secondaire, a, depuis le moyen âge, trouvé de nombreuses et importantes applications (*h*). En effet, à partir de cette époque, plusieurs droits publics ayant passé dans le domaine du droit privé, il

(*e*) Aurea Bulla, cap. 8, § 1, « a tempore cujus contrarii hodie non existit memoria. » — Texte allemand : « von der zit, da wedir hut bis dagis kein gedenckin ist. »

(*f*) Recez de 1548, § 56, § 59 et § 64.

(*g*) Recez impérial de 1576, § 105.

(*h*) Kress, p. 58-61, énumère beaucoup de cas où cette règle a été appliquée à partir du douzième siècle.

s'est opéré une fusion entre les deux droits, surtout en ce qui touche les rapports communaux. — En droit romain, nous trouvons deux cas où le temps immémorial agit indépendamment de toute possession privée (§ 196), puis un troisième cas (§ 197) où, comme dans ceux bien plus nombreux du droit moderne (§ 198), l'efficacité du temps immémorial se rattache à l'existence d'une possession privée. Nous pouvons donc aujourd'hui poser comme condition de ce droit une possession proprement dite. Mais comme il faut tenir compte des deux cas du droit romain dont j'ai parlé tout à l'heure, où la possession n'exerce aucune influence, j'ai dû rejeter comme désignation générale de cette institution l'expression de *possession* immémoriale.

La pratique a en général été d'accord avec ces doctrines, quoiqu'on ne doive pas s'attendre à trouver ici une conformité rigoureuse. La déviation la plus grande des vrais principes a été l'application si fréquente du temps immémorial aux servitudes (§ 197).

Les auteurs qui ont écrit sur la pratique ont de tout temps critiqué cette institution, et souvent en des termes fort vifs (*i*). D'un autre côté,

(*i*) Ludewig, opuscula miscella, t. I, p. 508-511 ; Neller, p. 117. Surtout la critique tirée d'une dissertation de Senckenberg et citée textuellement dans Schelling, p. 103.

un auteur moderne s'est levé pour sa défense et l'a beaucoup vantée (*k*). Peut-être y a-t-il moyen de concilier ces diverses opinions. En droit public, le temps immémorial est indispensable (§ 195), et, quoi que puissent dire les jurisconsultes, il s'ouvrira un chemin dès que la nécessité s'en présentera. Nous le retrouverions aussi en droit privé si partout des prescriptions fixes et courtes ne répondaient bien mieux aux besoins à satisfaire. Quiconque, en effet, soit dans la pratique judiciaire, soit dans la discussion de ses intérêts, a connu par expérience le temps immémorial, ne peut douter que toute prescription déterminée ne lui soit bien préférable, et l'on va voir tout à l'heure que dans l'application il ne saurait être exempt de beaucoup d'arbitraire et d'incertitude. Pour déclarer cette institution bienfaisante ou indispensable, il faut la comparer à l'absence de toute prescription; or voilà ce qui n'existe pas en droit privé.

Les législateurs modernes ont agi sous l'influence de ces idées. Ainsi le Code civil français rejette entièrement le temps immémorial, car il déclare imprescriptibles les servitudes qui s'acquéraient autrefois par une possession immémoriale (*l*). Le Code prussien ne l'a pas non plus admis. Seulement, dans certains cas où, d'après le

(*k*) Göschel zerstreute Blätter, Th. I, p. 373-378.

(*l*) Code civil, art. 691.

droit commun, le temps immémorial serait applicable, le Code prussien l'a remplacé par des prescriptions déterminées, mais très-longues. Ainsi, après une possession de 50 ans, l'exemption d'impôts est réputée régulièrement acquise (*m*). Il en est de même pour la possession de la noblesse quand elle existait dès 1740, ou qu'elle a duré sans interruption pendant 44 ans (*n*).

§ CXCIX. — VI. *Le temps.* 6. *Temps immémorial.* — *Application.*

Après avoir posé historiquement les bases de cette institution, il me reste à étudier sa nature pratique. Ainsi donc il s'agit de déterminer avec exactitude les deux points suivants : premièrement dans quel cas, secondement de quelle manière s'applique cette institution?

Quant au premier point, d'après le principe que j'ai établi plus haut (§ 198), le temps immémorial ne s'applique jamais aux matières de pur droit privé. Ainsi, notamment, il ne s'applique pas aux servitudes; la possession de 10 ans le rend tout à fait inutile. — Il ne s'applique pas non plus au droit de gage ni aux obligations, et il ne serait pas superflu, puisque ce que j'ai

(*m*) A. L. R., I, 9, § 655-659.
(*n*) A. L. R., II, 9, § 18, 19.

désigné sous le nom de *Ersitzung* (*voy.* § 177) n'a jamais lieu en pareilles matières ; mais on a vu que le besoin ne s'en faisait nullement sentir. Ainsi donc le droit de gage et les obligations ne sont soumises qu'à la prescription ; le temps immémorial leur est tout à fait étranger. — Quant aux charges réelles du droit germanique, si nombreuses et si importantes, il faut faire la distinction suivante : celles que l'on doit considérer comme de simples modifications de la propriété du fonds s'acquièrent, comme les servitudes romaines, par une possession de 10 ou de 20 ans, et n'ont rien de commun avec le temps immémorial ; celles, au contraire, qui reposent sur un rapport de dépendance, ce qui rentre toujours dans le droit public, s'acquièrent uniquement par une possession immémoriale (*a*).

L'application du temps immémorial se borne donc à la possession privée des droits qui, par leur caractère, appartiennent au droit public. Mais alors son application est générale toutes les fois que, d'après la constitution particulière de l'État, les droits dont il s'agit peuvent s'acquérir par titres, c'est-à-dire un contrat ou un privilége. Sous cette condition, la possession immémoriale supplée à l'absence du titre ; autrement elle ne serait d'aucun effet (*b*).

(*a*) Eicchorn, Deutsches Privatrecht. § 163, 164.

(*b*) Neller, p. 70 ; Pfeiffer, § 21, 22, 23.

J'ai dit plus haut que le temps immémorial suppléait aux prescriptions déterminées, et là-dessus on demandait si le temps immémorial supplée aux conditions de la prescription, ou s'il s'applique à des objets imprescriptibles de leur nature (§ 195). Maintenant nous pouvons répondre que ce n'est pas l'absence des conditions de la prescription, mais la nature de l'objet, qui détermine l'application du temps immémorial. On peut donc poser en principe que, suivant la nature de l'objet, tantôt la prescription ordinaire, tantôt le temps immémorial est seul applicable, et chacune de ces institutions est exclusive de l'autre. Le droit canon fait à ce principe une exception unique, lorsqu'une prescription est opposée à une église contrairement aux règles de la constitution de l'Église; en pareil cas, s'il y a un titre, on applique la prescription ordinaire, et, s'il n'y a pas de titre, le temps immémorial supplée à son absence (§ 198).

On a demandé si ce qu'on appelle une *res meræ facultatis* peut s'acquérir par le temps immémorial. Cette question doit se résoudre négativement, par cela seul qu'il sagit d'un rapport de droit purement privé. Tel est le cas où, un bail ordinaire s'étant continué tacitement pendant plusieurs générations, le fermier oppose la prescription immémoriale au propriétaire qui veut prendre un autre fermier; de même lorsque les habitants d'un village se sont depuis

un temps immémorial constamment approvisionnés dans une maison de commerce dont la raison sociale n'a pas changé, et que l'on prétend les empêcher de s'approvisionner ailleurs. — Mais il y a ici une raison encore plus décisive, et qui exclurait le temps immémorial s'il était applicable aux rapports du pur droit privé. En pareils cas, celui qui invoquerait le temps immémorial devrait établir sa *possession* (§ 198), c'est-à-dire que les avantages dont il a joui n'étaient pas accidentels et arbitraires, mais constituaient l'exercice d'un droit. Or, cette condition essentielle manquant toujours, il ne peut être question du temps immémorial (*c*). Une décision absolument semblable du droit romain met cela hors de doute. L'interdit *de itinere* appartient à celui qui, dans le cours de la dernière année, a usé du chemin pendant trente jours différents. Mais on ajoute que cet usage doit avoir le caractère d'un droit exercé, car s'il était simplement de fait il ne donnerait pas lieu à l'interdit (*d*). Telle est précisément la distinction qui, dans les cas cités tout à l'heure, empêche l'application du temps immémorial. — Si

(*c*) Pufendorf, I, 151, § 9; Thibaut, p. 184, 185; Pfeiffer, § 3, 4.

(*d*) L. 1, § 6, de itin. (XLIII, 19); L. 7, eod. « Si... commeavit aliquis, non tamen *tamquam id suo jure faceret*, sed si prohiberetur non facturus : inutile est ei interdictum... nam ut hoc interdictum competat, *jus fundi possedisse* oportet. »

l'exclusion ressort de la nature même du temps immémorial, on ne doit point voir ici, avec plusieurs auteurs, une exception toute positive, sans laquelle le temps immémorial, dont, suivant ces auteurs, l'application est illimitée, embrasserait également les *res meræ facultatis*.

Maintenant, comment s'applique le temps immémorial? Pour répondre à cette question il suffit de développer la définition donnée plus haut (§ 195). Il faut, pour établir le temps immémorial, le concours de deux générations, ou il faut que la génération actuelle ait toujours connu l'état de chose existant, et que la génération précédente n'ait laissé aucun souvenir d'un état de chose différent. Aussi, dans le fait du temps immémorial, il y a deux parties, l'une positive, l'autre négative; chacune d'elles doit être prouvée, et l'on peut opposer la preuve contraire (*e*). Tel est le développement complet de la pratique moderne; mais elle repose sur les deux textes suivants du droit romain, tous deux relatifs à l'*actio aquæ pluviæ*.

L. 2, § 8. De aqua pluv. (XXXIX, 3)(Paulus).

Idem Labeo ait, cum quæritur an memoria exstet facto opere... sufficere... si factum esse non ambigatur : nec utique necesse esse, superesse

(*e*) Pfeiffer, § 5, 6, 9.

qui meminerint, verum etiam *si qui audierint eos qui memoria tenuerint.*

Ici la preuve et la preuve contraire ne sont pas bien distinguées, ce qui n'a qu'une importance secondaire; mais les faits essentiels sont désignés très-exactement. Le temps immémorial n'existe pas dès qu'un contemporain a vu établir, en vertu d'une volonté privée l'état de choses litigieux, ou s'il connaît le fait d'après le témoignage d'un témoin oculaire. — Les deux générations sont clairement exprimées. Il faut que le témoin ait connaissance personnelle du fait, ou du moins qu'il l'ait appris de la bouche d'un autre ayant lui-même cette connaissance personnelle. Il ne suffirait pas que le plus âgé ait raconté ce qu'il aurait entendu dire à ses ancêtres.

L. 28, de probat. (XXII, 3) (*f*).

.... (*g*) sed cum omnium hæc est opinio, nec audisse, nec vidisse, cum id opus fieret, neque ex eis audisse, qui vidissent aut audissent (*h*) :

(*f*) Labeo, lib. VII; Pithanon a Paulo Epitomatorum. Cette inscription a son importance en ce qu'elle nous montre que les deux textes sont des mêmes auteurs (Paul extrait de Labéon), ce qui constitue pour nous une nouvelle obligation de les concilier.

(*g*) La première moitié du texte est confuse et en partie altérée. On trouve de riches matériaux pour la critique de ce texte dans Glück, vol. XXI, p. 405-422. La décision proprement dite est contenue dans le passage que je transcris.

(*h*) Ici, comme dans le membre de phrase qui précède, *au*

et hoc infinite similiter sursum versum accidit : tum memoriam operis facti non exstare (*i*).

Ce texte s'accorde parfaitement avec celui qui précède jusqu'à ces mots : *et hoc.... accidit*, d'où il semblerait que l'on peut opposer au temps immémorial l'existence d'une tradition remontant à plusieurs générations. Je reviendrai là-dessus quand je parlerai de la preuve contraire (§ 201).

§ CC. — VI. *Le temps.* 6. *Temps immémorial. Application.* (Suite.)

Je vais maintenant développer les règles relatives au mode de l'application, tant pour la preuve que pour la preuve contraire ; et je crois

disse ne désigne pas la narration d'un événement ancien, mais un fait contemporain que le témoin connaît d'après de sûrs renseignements, sans l'avoir vu de ses yeux.

(*i*) On lit dans le manuscrit de Florence et dans la Vulgate : *cum memoria operis facti non exstaret*, ce qui ne donne pas un sens satisfaisant. La leçon adoptée ici fait de ce membre de phrase une conclusion décisive, et, pour la première fois, établit une liaison satisfaisante entre le commencement et la fin du texte. Cette leçon se trouve dans l'éd. Paris, Chevallon, 1528, fol., pour laquelle on a consulté des manuscrits. Les variantes, *accidet*, *accideret*, *acciderit*, sont moins importantes. *Accidit* me paraît nécessairement amené par les mots qui précèdent : « hæc *est* opinio. »

devoir, à cet effet, suivre l'ordre des divers genres de preuves.

Le moyen de preuve le plus ordinaire et le plus efficace est la production de témoins que l'on interroge, tant sur leurs souvenirs personnels que sur les traditions du passé.

D'après leurs souvenirs personnels, ils doivent attester que l'état actuel existe depuis une génération, et tel est le côté positif de la preuve (§ 199). Maintenant que faut-il entendre par une génération, et quel espace de temps doit embrasser la déposition des témoins? Là-dessus les opinions sont partagées; mais on doit adopter celle qui exige au moins 40 années (*a*). Elle se fonde d'abord sur le texte du droit canon, qui, avec un titre, exige une possession de 40 ans, et à défaut de titre une possession immémoriale (*b*). Ainsi donc il ne faut pas moins de 40 ans, et le surplus rentre dans la partie négative de la preuve. Cette opinion se fonde, en outre, sur les textes du droit romain, où *vetustas* est pris pour 40 ans (§ 196, *p*); car ainsi ces textes se trouvent d'accord avec ceux où *vetustas* désigne le temps immémorial. La jurisprudence des tribunaux saxons exige un délai saxon, c'est-à-dire 31 ans, 6 mois et 3 jours (*c*). Mais ce dé-

(*a*) Neller, p. 96-100.
(*b*) C. 1, de præscr. in VI (voy. plus haut, § 198).
(*c*) Kind, Observ. forenses, t. III, C. 62.

lai doit être rejeté comme inférieur aux 40 années exprimées par le droit canon. D'autres pensent que le délai doit varier suivant les circonstances, et toujours dépasser le temps des diverses prescriptions; ainsi, dans les cas ordinaires, le délai devrait excéder 30 ans, contre l'Église 40 ans, et contre le pape 100 ans (*d*). Cette doctrine ne contredit pas le texte du droit canon (note *b*); car, si ce texte exige plus de 40 ans, c'est qu'il s'agit d'une prescription contre l'Église, et la prescription ordinaire serait précisément de 40 ans. Néanmoins cette doctrine doit être rejetée pour plusieurs motifs. D'abord le temps immémorial s'applique presque toujours à des rapports de droit en dehors des prescriptions ordinaires (§ 199), qui, dès lors, ne peuvent lui servir de mesure; ensuite, les expressions employées par les sources pour désigner le temps immémorial (*vetustas* et *quod memoriam excedit*) n'indiquent nullement une durée relative et variable suivant les diverses prescriptions, mais une durée absolue, n'ayant d'autres limites que le souvenir des hommes; enfin, dans cette opinion, il faudrait contre l'Église romaine plus de 100 ans, et cependant 100 ans excèdent déjà deux générations.

La durée du délai détermine également l'âge

(*d*) Unterholzner, § 148, 150; Pfeiffer, p. 22-24, p. 52.

des témoins. D'après une opinion très-répandue ils devraient avoir 54 ans, parce que, dit-on, l'intelligence n'étant pas développée avant l'âge de puberté, il faut ajouter aux 40 ans les 14 années de l'enfance. Mais cette opinion n'a d'autre fondement qu'une supposition tout à fait gratuite, et il suffit que les témoins soient âgés de 50 ans (*e*). Il arrive fréquemment que les témoins ne peuvent pas tous donner des renseignement sur l'ensemble des 40 années, et que l'on est obligé de combiner des témoignages relatifs à diverses époques. Pour les époques moins anciennes, on peut admettre des témoins moins âgés (*f*).

Lorsque la déposition des témoins embrasse la totalité du délai, ici, comme dans les questions de fait en général, deux témoins suffisent. Plusieurs auteurs ont cru que ces mots de Labéon : *cum omnium hæc est opinio* (§ 199), désignaient un bruit général, une opinion publique, et qu'ainsi il fallait entendre un grand nombre de témoins ou interroger les vieux témoins sur l'existence de cette opinion publique. Mais le mot *omnium* s'applique uniquement aux témoins entendus, quel que soit leur nombre; et la seule chose à prouver est la continuité de la posses-

(*e*) Pufendorf, I, 151, § 4, 5, 6; Pfeiffer, § 13.
(*f*) Pfeiffer, § 9.

sion actuelle, sans aucun égard à l'opinion générale (g).

Les témoins doivent, en outre, établir ce fait négatif, que jamais ils n'ont entendu aucune personne appartenant à la génération précédente mentionner un état de choses différent. Plusieurs ont cru à tort que cela se rapportait à la possibilité de la preuve contraire (h); mais celui qui demande l'enquête doit lui-même interroger les témoins sur ce fait négatif, autrement la preuve serait incomplète (i). C'est une erreur plus grande encore de penser que, relativement à ce temps ancien, les témoins doivent avoir recueilli de leurs prédécesseurs une tradition positive sur l'état de choses litigieux (k); on aurait alors à discuter le nombre et les qualités de ces témoins décédés : discussion tout à fait superflue d'après la doctrine que j'expose (l).

On peut compléter la preuve par témoins en justifiant que, dans un procès antérieur relatif à la possession, la possession a été reconnue et protégée. Non-seulement un pareil jugement tranche la question de possession pour le temps

(g) Pfeiffer, p. 47, 54.

(h) Pufendorf, II, 54; Unterholzner, § 150.

(i) Pfeiffer, § 10.

(k) C'est ce que dit Schelling, p. 130-132.

(l) Cette doctrine est soutenue par Pufendorf, I, 151, § 3, 7, et Pfeiffer, § 11.

où il a été rendu et est une très-forte présomption pour le temps postérieur, mais les dépositions de témoins qui lui servent de base peuvent aussi être invoquées pour les temps antérieurs (*m*).

La question de savoir si les documents peuvent être admis comme moyens de preuve est très-controversée (*n*). Quand la preuve par témoins est demeurée incomplète pour certaines parties du délai, on peut très-bien invoquer des documents comme très-propres à établir la possession à une époque déterminée. Il est rare que des documents puissent seuls fournir une preuve complète; néanmoins cela arrive quelquefois : si, par exemple, des registres bien tenus constatent des payements réguliers continués pendant deux générations, c'est-à-dire 80 ans (*o*). Pour la partie la plus éloignée de cette période, il ne serait pas même nécessaire d'établir la continuité des payements; car des documents de ce genre, même incomplets, inspirent toujours plus de confiance que des traditions orales, quand il s'agit d'un temps aussi éloigné.

La question de savoir si le serment doit être

(*m*) Pfeiffer, p. 53, 54.

(*n*) Struben, Bedenken, IV, 1, et Pfeiffer, § 14, admettent la preuve par titres.

(*o*) Au sujet de la preuve par témoins, il ne peut être question de la plus longue durée de la vie humaine, puisqu'il s'agit ici d'une tradition négative pour laquelle on n'exige aucun laps de temps déterminé.

admis comme moyen de preuve est également controversée (*p*). On ne saurait douter qu'il ne puisse être admis comme complément lorsque la preuve est incomplète ou que les dépositions des témoins n'embrassent pas certaines parties du délai. De plus, un plaideur peut alléguer que son adversaire ne sait ni ne croit que l'état de choses actuel ait subsisté sans interruption pendant deux générations, et lui déférer le serment sur ce point. La possession pendant cette période est, comme question de fait, très-bien appropriée à la délation du serment. Mais ce genre de preuve est toujours dangereux pour celui qui la demande; car un adversaire, même de bonne foi, peut très-bien prêter un semblable serment.

En matière d'*Ersitzung*, la possession peut aussi avoir passé par diverses successions, et celui qui invoque la possession doit prouver ces successions, à moins que son adversaire ne les reconnaisse volontairement. La nécessité de cette preuve se présente bien plus souvent pour le temps immémorial que pour l'*Ersitzung*, et même, à moins qu'il ne s'agisse de personnes juridiques, elle est inévitable; car on ne concevrait guère que le possesseur actuel eût possédé pendant deux générations. Sous ce rapport, on peut dire qu'un titre est quelquefois nécessaire pour

(*p*) Pufendorf, Observ. II, 55, admet le serment. — Pfeiffer, § 15, y trouve plus de difficulté.

le temps immémorial, tandis qu'il y aurait contradiction dans les termes à exiger un titre pour l'origine de la possession (q).

La preuve contraire porte sur tous les faits qui constituent le temps immémorial (r). Ainsi elle a pour but d'établir, ou que la possession a commencé dans le cours des deux dernières générations, ou qu'elle a été interrompue pendant cette même période (s), ou enfin qu'il a existé un état de choses autre que l'état actuel. Ici les moyens de preuve n'offrent point d'incertitude, car les faits à établir sont presque toujours des faits particuliers et passagers. On peut donc, comme pour toute espèce de preuve, avoir recours aux témoins (t), aux documents et à la délation du serment.

C'est à tort que plusieurs auteurs admettent pour la preuve contraire les faits suivants :

(q) Pfeiffer, § 8.

(r) La preuve contraire est un point très-bien traité dans Pfeiffer, § 16-18.

(s) Wernher, p. 753, n'admet pas l'*interpretatio*, parce que le temps immémorial n'engendre pas une prescription véritable. C'est là un argument fondé plutôt sur les mots que sur la réalité des choses. Il n'en demeure pas moins certain que, l'interruption de la possession une fois prouvée, cette preuve détruit le fait allégué de la possession pendant deux générations.

(t) Pfeiffer, p. 74. Il combat avec raison la doctrine de Neller, p. 95, qui prétend qu'un seul témoin suffit pour faire une preuve complète.

1) Le simple trouble apporté à la possession, et qui peut consister, entre autres choses, dans des actes de copropriété faits par un tiers (*u*).

2) L'introduction d'une instance pendant les deux générations. Si l'instance est périmée, elle n'interrompt pas le temps immémorial; si, au contraire, elle se poursuit, son commencement, comme en matière de prescription, détermine l'époque à partir de laquelle on doit compter les deux générations (*v*).

3) La *mala fides*, impossible en pareil cas; de sorte que la prescription générale du droit canon, relative à cet objet, n'est point susceptible d'application. En effet la *mala fides* est la conscience d'une injustice réelle. Si l'on peut établir l'illégalité de la possession, on connaît son origine, et dès lors elle n'est point immémoriale. Sans doute le possesseur peut, en se trompant sur la nature de sa possession, la croire illégale; mais une semblable croyance ne constitue pas la *mala fides* (*w*).

La question la plus controversée est celle de savoir si la preuve contraire doit embrasser aussi le temps antérieur aux deux générations. Je ne pourrai donner une solution satisfaisante de cette

(*u*) Pfeiffer, § 5.

(*v*) Thibaut, p. 186; Pfeiffer, p. 24-26; Arndts, p. 158.

(*w*) Thibaut, p. 187; Pfeiffer, § 7. — L'opinion que soutient Neller, p. 109, est fausse.

question qu'après avoir déterminé les effets spéciaux du temps immémorial.

§ CCI. — VI. *Le temps.* 6. *Temps immémorial. Application.* (Suite.)

De toutes les questions qu'a soulevées le temps immémorial, il n'en est pas de plus controversée que celle touchant son caractère pratique et la nature véritable de son action. Elle a fait naître les deux opinions suivantes.

Les uns pensent que le temps immémorial est une prescription véritable ; que, semblable à l'usucapion et à la prescription des actions, il modifie réellement l'état du droit et procure un accroissement de richesse au moyen d'un nouveau droit acquis (*a*).

D'autres voient dans le temps immémorial une simple présomption qu'à une époque très-reculée un droit a été réellement acquis, mais que cette acquisition est tombée en oubli. Dès lors le temps immémorial ne change pas l'état actuel du droit, mais supplée à la preuve d'un changement antérieur (*b*).

Les partisans de la première opinion se fon-

(*a*) Neller, p. 114, 115 ; Unterholzner, § 147 ; Pfeiffer, § 2, 19.

(*b*) Wernher, p. 746. Böhmer, § 39. Thibaut, p. 185. Arndts, p. 139-142

dent sur ce que la définition générale de la prescription convient très-bien au temps immémorial (§ 178), et que le droit canon le désigne sous le nom de *præscriptio* (§ 198). Mais cette définition générale doit être elle-même rejetée, car rien ne la justifie, et la dénomination employée par le droit canon sous l'influence d'une phraséologie inexacte ne prouve rien quant à la nature de l'institution.

Voici maintenant des raisons décisives à l'appui de la seconde opinion. Le droit romain, où cette institution a pris naissance, ne peut la considérer comme une espèce d'*Ersitzung;* car, dans la plupart des cas où elle s'applique, il n'y a pas de possession qui lui serve de base, ni de droit privé acquis, mais bien la confirmation d'un état de choses public (§ 196). — Si l'on eût voulu effectivement établir une espèce d'*Ersitzung* pour les cas auxquels s'applique le temps immémorial, on eût dû adopter une prescription déterminée et suffisamment longue, de 100 ans par exemple, comme il en existe plusieurs en droit canon. Si donc on exige un temps indéterminé différent de toutes les precriptions connues, cela nous prouve qu'on a voulu atteindre un but semblable à celui de la prescription, fixer des rapports de droit incertains, mais par une voie toute différente. — Enfin, si le temps immémorial changeait l'état actuel du droit, il faudrait déterminer à quelle

époque s'opère le changement ; or cela est impossible, à moins qu'on ne veuille prendre pour point de départ la mort du dernier témoin qui a connu l'état de choses contraire (*c*). — Voici donc la relation véritable qui existe entre l'*Ersitzung* et le temps immémorial. L'*Ersitzung* est, de sa nature, destinée à établir un droit nouveau, bien que souvent elle puisse servir à garantir contre toute attaque un droit depuis longtemps acquis, mais dont la preuve s'est perdue. Le temps immémorial, au contraire, garantit des droits anciennement acquis ; néanmoins, la présomption sur laquelle il repose n'étant point infaillible, il peut opérer un changement dans le droit. Mais alors il a moins d'affinité avec l'*Ersitzung* qu'avec le jugement d'un tribunal. En effet, un jugement n'est point destiné à modifier le droit existant, mais à le protéger contre des attaques ultérieures ; si pourtant les juges se sont trompés, il change l'état réel du droit (*d*).

L'intérêt pratique de cette controverse a souvent été mal compris. D'abord, si une loi nouvelle soustrait un rapport de droit à la prescription, le temps immémorial, n'étant pas une prescription, n'est pas compris dans la disposition de la loi (*e*). Néanmoins cette règle doit s'ap-

(*c*) Arndts, p. 140.

(*d*) Arndts, p. 142, 143.

(*e*) Wernher, p. 752 ; Böhmer, § 43. — Pfeiffer, § 21, soutient

pliquer avec précaution. En effet, comme il s'agit uniquement d'interpréter la loi nouvelle, la question n'est pas de savoir si le temps immémorial est une prescription, mais si le législateur l'a considéré comme tel. — En second lieu, la restitution n'est jamais admise contre le temps immémorial; car elle s'accorde contre les changements opérés dans l'état du droit, non contre de simples présomptions. Mais cela n'a qu'une importance secondaire; car toute restitution est formellement interdite contre les prescriptions de 30 ans et au-dessus (*f*). — Le point capital est que le temps immémorial, comme simple présomption, admet toujours la preuve contraire, tandis qu'il ne saurait être invoqué contre une *Ersitzung* accomplie ou contre la prescription des actions. Mais ce principe important demande quelques explications, car il a donné lieu à de nombreuses méprises.

Il ne s'agit point ici de la preuve contraire directe dont j'ai parlé plus haut (§ 200), tendant à

cette opinion; mais en cela il se montre peu conséquent, puisque lui-même regarde le temps immémorial comme une prescription (note *a*). — L'article 691 du Code civil français, après avoir dit que certaines servitudes ne peuvent s'établir par la prescription (§ 198 *l*), ajoute que la possession même immémoriale ne suffit pas pour les établir.

(*f*) L. 3, C. de præscr. XXX (VII, 39). Par ce motif, et avec beaucoup de conséquence, Pfeiffer, § 20, n'admet pas la restitution contre le temps immémorial.

établir que la possession que l'on prétend avoir continuée pendant les deux dernières générations a été interrompue; car, cette preuve une fois faite, le temps immémorial n'existe pas, et l'on n'a point à combattre la présomption qu'il entraîne, puisque cette présomption n'existe pas non plus. Cette espèce de preuve est également admissible contre l'établissement d'une tradition ou d'une usucapion, qui servent évidemment à l'acquisition des droits (*g*). — On peut encore moins prétendre que, si cette preuve contraire directe n'a point été fournie, et que le temps immémorial ait été admis juridiquement avec ses conséquences, cette preuve peut être essayée de nouveau, puisqu'il n'y a toujours qu'une simple présomption. Ce serait là méconnaître l'autorité absolue d'une décision judiciaire, également inattaquable soit qu'elle repose sur une présomption, sur une preuve véritable, ou même sur une preuve erronée (*h*). — Voici le vrai sens de notre principe : la présomption résultant de l'état de choses constaté pendant deux générations peut être combattue par des faits empruntés à une époque antérieure. Reste maintenant à savoir de quelle nature doivent être ces faits pour atteindre le but proposé (*i*).

(*g*) Pfeiffer, § 19, 20.

(*h*) Unterholzner, § 147 ; Arndts, p. 134.

(*i*) On peut là-dessus consulter Wernher, p. 747; Böhmer,

D'après l'état de choses non interrompu constaté pendant les deux dernières générations, on suppose que, dans un temps antérieur, mais inconnu, cet état de choses a été établi juridiquement. Cette présomption ne saurait être détruite par un simple *contrarium,* c'est-à-dire par la seule preuve qu'à une époque antérieure quelconque un état contraire a subsisté; car, l'origine du droit pouvant être postérieure à cette époque, le fait allégué ne contredit nullement la présomption. Cela ressort incontestablement du texte de droit romain cité plus haut (§ 196, *e*), où nous voyons que les chemins vicinaux sont réputés publics si de temps immémorial ils existent comme chemins, bien que l'on sache que le terrain qu'ils occupent ait été autrefois une propriété privée (*k*), et que dès lors les chemins n'existaient pas. Leyser ajoute l'exemple suivant. Nous voyons dans Tacite que les Germains, nos ancêtres, ne payaient d'impôts que ceux qu'ils avaient expressément accordés. Si donc le simple *contrarium* était admis comme péremptoire, nul

§ 42; Kress, p. 35-37, p. 114, 115; Neller, p. 112-114; Unterholzner, § 150; Pfeiffer, p. 67-71; Arndts, p. 160, qui tous, d'une manière plus ou moins complète, établissent la doctrine que je soutiens ici.

(*k*) L. 3, pr. de locis (XLIII, 7). « ... quæ *ex agris privatorum collatis* factæ sunt. » On voit que le chemin actuel, et qui existe de temps immémorial, a été autrefois un *ager privatorum,* c'est-à-dire n'était pas un chemin.

impôt en Allemagne ne pourrait s'établir par le temps immémorial, car Tacite nous fournirait toujours un *contrarium* antérieur (*l*).

Même si l'on établissait non-seulement le contraire de l'état actuel, mais son origine (*initium*) dans un temps antérieur, cela ne suffirait pas pour détruire la présomption résultant du temps immémorial ; si elle n'est pas légitime, rien n'empêche qu'elle ne le soit devenue plus tard, et cette supposition est précisément celle qu'implique le temps immémorial. Il faut, à plus forte raison, en dire autant dans les cas beaucoup plus nombreux où l'origine est établie, mais sans que l'on sache si elle est ou non légitime. — Pour que la preuve détruise la présomption, il faut qu'elle établisse non-seulement l'illégalité de l'origine du droit, mais qu'elle le rattache par un lien de causalité non interrompu à l'état de choses constaté pendant les deux dernières générations. On conçoit toute la difficulté d'une semblable preuve, difficulté d'autant plus grande que l'origine du droit remonte à une époque plus reculée.

Des documents sont très-propres à établir l'illégalité originaire ; des témoins seraient difficilement admissibles : des faits aussi anciens ne peuvent être évidemment à leur connaissance

(*l*) Leyser, 460, 2.

personnelle. Les témoins doivent donc déposer qu'ils connaissent l'illégalité d'après ce que leur ont dit leurs ancêtres ; et ainsi la preuve résulterait d'une simple tradition. Mais une pareille tradition est de sa nature très-incertaine, et, d'ailleurs, elle n'établirait presque jamais le lien de causalité dont j'ai parlé tout à l'heure. Je reviens au texte cité § 199 de la L. 38 de probat. (XXII, 3) :

et hoc infinite similiter sursum versum accidit,

qui semble admettre une tradition indéfinie. L'abus que l'on en pourrait faire est bien diminué si le juge exige rigoureusement la justification du lien de causalité. Mais il faut observer en outre que notre texte se rapporte uniquement à l'*actio aquæ pluviæ*, et à l'existence en plein champ d'une digue ou d'un fossé ; ce qui peut être de notoriété publique. Appliquée aux rapports ordinaires et restreints de possession entre deux particuliers, cette espèce de tradition donnerait difficilement un résultat certain ; aussi doit-on la restreindre au cas dont parle notre texte (*m*).

(*m*) C'est ainsi que Pfeiffer, p. 75, 76, explique ce texte.

§ CCII. — *Invalidité des actes juridiques.*

J'ai dit plus haut (§ 104) que je passerais d'abord en revue les actes juridiques les plus importants, et qu'ensuite je parlerais des divers obstacles qui s'opposent à leur validité. Cet examen du côté négatif des actes juridiques se réduira nécessairement à une indication sommaire des formes du droit qui s'y rapportent; car les détails que l'on pourrait ajouter sur chaque institution rentrent dans la partie spéciale du traité.

Il y a, quant à l'invalidité des actes juridiques, trois espèces d'alternatives qu'il importe de distinguer soigneusement, car les auteurs modernes ont coutume de les confondre. En effet, l'invalidité peut être :

1) Complète ou partielle;

2) Certaine ou éventuelle;

3) De la même date que le fait dont elle empêche l'efficacité, ou d'une date postérieure.

1) J'appelle invalidité complète celle qui enlève toute efficacité à l'acte juridique, et par conséquent est égale en étendue et en puissance au fait qu'elle détruit. L'expression technique employée en pareils cas est *nullité*. Ce que j'ai à ajouter ne peut être bien compris que quand j'aurai parlé de l'invalidité partielle.

L'invalidité partielle est de sa nature extrême-

ment variable, car on peut concevoir une foule d'obstacles qui entravent à différents degrés l'efficacité des actes juridiques. Elle se montre sous la forme d'une action (*a*), d'une exception (*b*), d'une obligation ayant pour objet un nouvel acte juridique contraire à l'ancien (*c*), ou bien encore comme attribuant la faculté de se faire restituer ou d'obtenir la *bonorum possessio contra tabulas*. Pour embrasser ces cas si divers sous une désignation commune, je dis que le rapport de droit est alors *attaquable*.

Tandis que la nullité consiste dans la simple négation du rapport de droit, l'acte attaquable engendre toujours, pour une autre personne, un droit nouveau et d'une nature contraire; ce droit existant par soi-même a sa destinée parti-

(*a*) Ainsi, par exemple, l'*actio quod metus causa, Pauliana*, etc.

(*b*) Ce principe a été surtout développé relativement aux obligations, qui tantôt sont nulles *ipso jure*, tantôt sont annulées *per exceptionem*. Néanmoins l'exception, comme moyen de nullité, s'applique aussi à d'autres matières qu'aux obligations. L'exception la plus importante de cette espèce est la *doli exceptio*.

(*c*) Quand, par exemple, un mari a reçu une dot et que le mariage est dissous, la seule cause pour laquelle il possédait la dot n'existant plus, il s'agit de rétablir l'état de choses antérieur. Mais cela se faisait dans l'ancien droit au moyen d'une action personnelle en restitution des biens dotaux. — Il en est de même quand un vendeur antérieur réclame l'exécution du *pactum de retrovendendo*. L. 2, C. de pactis inter emt. (IV, 54).

culière, qui n'est point immuable; il peut être détruit en totalité ou en partie (*d*), et alors le droit originaire, débarrassé de cet obstacle, retrouve son efficacité primitive; ce qui n'arrive jamais dans les cas de nullité.

Les jurisconsultes romains ont coutume de distinguer nettement les actes nuls et les actes attaquables, et il y a bien peu de cas où l'on puisse hésiter entre ces deux caractères; les expressions techniques dont ils se servent sont, dans les applications les plus importantes, claires et non équivoques; néanmoins elles n'ont pas toujours cette rigoureuse exactitude (*e*).

2) J'appelle éventuelle ou incertaine l'invalidité qui dépend de faits incertains, soit d'un événement accidentel, soit de la volonté de l'homme.

Quand une condition suspensive vient à manquer, ou quand une condition résolutoire vient à s'accomplir, l'invalidité complète, c'est-à-dire

(*d*) Ainsi, l'action résolutoire peut-être anéantie par la prescription; la *Bon. Poss. c. t.* par l'expiration du délai; l'exception par une *replicatio* contraire.

(*e*) Quand la L. 22, quæ in fraud. (XLII, 8), en parlant d'une aliénation, l'appelle *nullius momenti,* on pourrait la regarder comme nulle; néanmoins elle est seulement révocable en vertu de la *Pauliana actio*. — De même *rescindere* exprime ordinairement la nullité, non la nullité immédiate, mais celle qui survient postérieurement. Néanmoins on voit souvent cette expression appliquée à d'autres espèces de nullité. Cf. Brissonius, v. *rescindere*. Dans Ulpian., tit. de legibus, § 1, 2, *rescindere* désigne la nullité immédiate.

la nullité du rapport de droit, résulte d'un événement accidentel.

Dans tous les cas où l'acte est complétement attaquable, l'invalidité tient à la volonté de l'homme. En effet, une action, une exception, la restitution, etc., ne détruisent un rapport de droit que quand une personne déterminée et ayant certaines qualités manifeste ses intentions et agit en conséquence; autrement le rapport de droit originaire conserve toute son efficacité. Plusieurs auteurs appellent relative cette invalidité qui dépend de la volonté de l'homme, et ils l'opposent à l'invalidité absolue, qui n'admet pas cette espèce de dépendance.

Maintenant on demande si la nullité ne peut pas aussi dépendre de la volonté de l'homme, ou, pour adopter le langage de ces auteurs, s'il n'y a pas deux espèces de nullités, l'une absolue, l'autre relative. Ces deux espèces de nullités existent effectivement, mais les auteurs modernes donnent à la dernière beaucoup trop d'extension. Ce sujet mérite un examen attentif, car de graves erreurs s'y rattachent. — D'après une opinion très-répandue, celui à qui un acte nul porte préjudice est en droit de l'attaquer, et à cet effet on lui accorde une action spéciale sous le nom de *querelâ nullitatis* (*f*). Mais en réalité il est superflu, et

(*f*) G. L. Mencken, de actionibus, Sect. 3, C. 2, membr. 2;

même impossible de diriger une action contre un acte nul, c'est-à-dire qui n'existe pas. Les cas suivants sont en droit placés sur la même ligne : le testament supposé, c'est-à-dire qui n'émane pas du testateur; le testament d'un impubère; le testament fait en présence de six témoins; le testament dans lequel un fils sous la puissance paternelle, ou bien un *posthumus*, se trouve prétérit. Dans tous ces cas il n'existe pas d'acte juridique; aussi n'y a-t-il besoin d'aucune action pour en écarter l'apparence, et personne n'a de volonté à exprimer, ni de diligences à faire (*g*).

Il y a, il est vrai, en droit romain, certains cas

Höpfner, Commentar, § 344, 525, 535; Thibaut, § 302, 966-968, 8e éd.

(*g*) Parmi les cas de nullité de testament énumérés ici, un seul, celui de la prétérition, a, dans les temps modernes, donné lieu à une doctrine très-répandue et désignée par l'expression de *querela nullitatis*. Vainement on voudrait appuyer cette doctrine sur l'opinion moins rigoureuse des Proculéiens (Gaius, II, § 123); car cette opinion a été plus tard entièrement rejetée (L. 7 de lib., XXVIII, 2); et d'ailleurs elle se rapportait seulement au cas où le fils mourait avant le testateur. Si le fils mourait après le testateur, même sans avoir formé de plainte, il n'y avait plus de controverse. Quant au dernier résultat pratique, l'idée pure de nullité se trouvait alors écartée, parce que le préteur ne connaissait pas de la nullité purement civile (Ulpian., XXVIII, 6); mais cela ne change pas l'idée de la nullité même. — Au reste, cette application de la *querela nullitatis*, quoique la plus commune chez les auteurs modernes, n'était pas la seule. Cf. Höpfner, § 344; Glück, vol. XXXIII, p. 91.

où la nullité dépend de la volonté d'une personne intéressée, et où l'on peut appliquer l'expression de nullité relative. Si un impubère fait un contrat synallagmatique, une vente par exemple, il dépend de lui, ou du tuteur qui le représente, de maintenir ou d'annuler l'acte; la volonté de l'autre partie n'a aucune influence (*h*). Quand un associé écrit à un associé absent, ou notifie au procureur de ce dernier qu'il veut dissoudre la société, il faut un temps plus ou moins long pour que cette déclaration vienne à la connaissance de cet associé; la question de savoir si la société a continué d'exister dans l'intervalle dépend uniquement de la volonté de celui-ci (*i*). — La doctrine que j'expose ici diffère donc de celle de la plupart des auteurs, en ce qu'elle restreint beaucoup les applications de la nullité relative (*k*), et qu'elle n'admet pas l'action spéciale appelée *querela nullitatis*. En effet, dans les deux cas cités, l'action ordinaire du contrat suffit, et la nullité ne figure que comme une conséquence possible de cette action.

3) Enfin, l'invalidité peut exister dès l'origine,

(*h*) L. 13, § 29, de act. emti (XIX, 1).

(*i*) L. 17, § 1; L. 65, § 8, pro socio (XVII, 2).

(*k*) Ainsi, quant au mariage, il n'était jamais question en droit romain de nullité relative. Cette idée est essentielle en droit moderne, et dans son application il n'y a rien à opposer contre la possibilité d'une action en nullité.

ou survenir plus tard. Dans le premier cas elle a la même date que le fait qu'elle annule; dans le second sa date est postérieure. Cette alternative ne rentre dans aucune de celles déjà mentionnées, et elle est susceptible des combinaisons les plus diverses.

L'invalidité existe dès l'origine, par exemple, quand, dans un testament, un fils sous la puissance paternelle se trouve prétérit; quand, dans un contrat, un impubère est seul engagé. — L'invalidité est postérieure à l'acte quand, depuis la confection du testament, un *posthumus* naît au testateur, quand celui-ci détruit le testament ou en fait un nouveau; enfin, pour toute espèce d'obligation, quand elle est entièrement accomplie.

Tout contrat entaché de violence ou de fraude est attaquable dès l'origine. — Une obligation devient postérieurement attaquable en vertu de la prescription ou d'un jugement obtenu; de même lorsque, d'après l'ancien droit, un simple *pactum* détruit une stipulation.

Des deux cas de nullité relative cités plus haut, l'engagement d'un impubère et la dissolution d'une société, le premier existe dès l'origine, le second survient postérieurement.

Je dois me contenter d'indiquer ici les causes de l'invalidité qui survient postérieurement, car les détails rentrent dans l'étude approfondie des

divers rapports de droit. — Cette espèce d'invalidité peut dériver de l'acte juridique même qui donne naissance au rapport de droit ; c'est ce qui arrive notamment dans le cas où une condition résolutoire vient à s'accomplir. — Elle peut dériver d'une règle générale de droit, telle que la prescription des actions. — Enfin, elle peut résulter d'un acte de l'autorité judiciaire, tel qu'un jugement ou la restitution.

Néanmoins, la cause la plus ordinaire et la plus importante de cette espèce d'invalidité est un acte juridique postérieur qui détruit le premier. Son application la plus générale se trouve dans les déclarations de volonté que révoque une déclaration de volonté contraire. Pour que cette révocation ait toute son efficacité, elle doit être faite dans les mêmes formes que l'acte même révoqué.

« Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est : ideo verborum obligatio verbis tollitur : nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur (*l*). »

Il y a néanmoins plusieurs exceptions positives à cette règle (*m*) ; d'ailleurs, elle a perdu

(*l*) L. 35, de R. J. (L. 17). — Cf. L. 100 ; L. 153, eod. ; L. 8, de adqu. poss. (XLI, 2) ; L. 80, de solut. (XLVI, 3).

(*m*) Ainsi, de tout temps, l'obligation résultant d'un vol ou d'une injure, une fois anéantie par un *nudum pactum*, l'était aussi *ipso jure*, parce que les XII Tables font mention du *pactum* à

dans le droit romain nouveau, et surtout dans le droit actuel, une grande partie de son importance (*n*).

On a surtout discuté la question de savoir si un droit pouvait être annulé par la simple déclaration de volonté du titulaire que l'on appelle *renunciatio*, renonciation, abandon (*o*), ou s'il fallait en outre le consentement de l'autre partie, c'est-à-dire son acceptation (*p*). Ce qui a surtout contribué à prolonger inutilement la discussion, c'est que cette question, simple en apparence, renferme en réalité deux questions qu'il

ce sujet. L. 17, § 1; L. 27, § 2, de pactis (II, 14); L. 13, C. de furtis (VI, 2).

(*n*) Le *pactum* n'annulait pas la stipulation *ipso jure*, mais *per exceptionem*; dans le droit Justinien cette distinction a moins d'importance qu'autrefois. — En droit moderne, il n'existe plus de distinction de forme entre le pacte et la stipulation. — La pratique du droit moderne nous offre encore un reste de l'ancienne règle. Ainsi, dans la règle, un testament peut être détruit par un autre testament, non par une simple révocation ni par un codicile. § 2, 7, J. quib. modis test. (II, 17); L. 21, § 3, C. de testamentis (VI, 23).

(*o*) Ce défaut de précision dans les termes a entretenu la controverse. En effet, il n'y a aucun texte où la renonciation soit nécessairement *unilatérale*, et c'est là toute la difficulté. Ainsi, par exemple, la L. 29, C. de pactis (II, 3), dit que, d'après une ancienne règle, chacun peut renoncer (renunciare) à ses droits; mais cette même loi parle uniquement d'une renonciation contractuelle, et la règle n'est citée que pour mettre hors de doute la force obligatoire d'un semblable contrat.

(*p*) Voy. entre autres une dissertation spéciale de Fritz, Archiv für civilist. Praxis, vol. VIII, Num. XV.

s'agit de distinguer nettement pour arriver à une solution satisfaisante. En effet, tantôt le titulaire du droit, si par exemple il s'agit d'un droit de propriété, n'a point de partie adverse déterminée; ou bien il en a une, son débiteur par exemple, s'il s'agit d'une obligation, et celui-ci peut ignorer la déclaration de volonté du créancier ou avoir négligé d'y répondre. Dans tous ces cas, on peut demander si le titulaire du droit est lié par sa déclaration, ou s'il est libre de la révoquer. Ce cas est ordinairement celui que l'on a en vue quand on pose la question de la nécessité de l'acceptation. La question est alors une question de forme, car il s'agit de savoir si un acte fait dans telle ou telle forme suffit pour changer le rapport de droit. — Mais il y a encore un second cas possible, celui où l'individu lié par un rapport de droit désire le rompre, tandis qu'un autre s'y oppose. On peut alors se demander, quand un pareil conflit existe, jusqu'où va le droit du premier. C'est là la véritable question, quant au fond, sur l'efficacité d'une volonté individuelle.

a) La question de forme, celle de savoir si la déclaration de volonté individuelle est obligatoire ou peut être révoquée, se résout par la distinction suivante. Les droits qui nous sont déférés à titre successif peuvent être abandonnés d'une manière irrévocable (*repudiatio*) par une

simple déclaration de volonté. Cela est vrai, non-seulement pour l'*hereditas* et la *bonorum possessio,* où il n'y a personne qui puisse accepter, mais encore pour les legs (*q*), bien que l'on puisse concevoir la nécessité de l'acceptation de l'héritier. — Dans tout autre cas, au contraire, une semblable renonciation n'a en soi aucune efficacité ; elle peut toujours être revoquée et soustraite ainsi à la confirmation que lui donnerait l'acceptation d'un autre. Cela s'applique tout d'abord à l'*hereditas,* à la *bonorum possessio,* et au legs que nous avons déclaré acquérir, comme aussi à la propriété, qui ne se perd jamais par un simple acte de volonté ; il faut en outre l'abandon réelle de la possession. Cela s'applique à toute espèce de *jus in re*, dont on n'est libéré que par contrat, et non par la déclaration unilatérale du titulaire, et enfin aux obligations ; celles-ci peuvent être éteintes par un contrat de remise ou de novation (*r*); la déclaration émanée du créancier seul ne l'engagerait pas.

b) Quant à la question sur le fond, celle de savoir si le titulaire d'un droit peut l'abandonner par sa seule volonté, cette question suppose toujours la présence d'une partie adverse, car l'abandon de la propriété n'est susceptible d'aucune

(*q*) L. 38, § 1 ; L. 44, § 1 ; L. 86, § 2, de leg. 1 (XXX, un.); L. 59, de leg. 2 (XXXI, un.).

(*r*) L. 91, de solut. (XLVI, 3).

contradiction. La question peut se présenter à l'occasion d'un *jus in re.* Ainsi l'usufruitier peut toujours renoncer à son usufruit (s), et, bien qu'il s'y rattache des obligations positives (t), n'étant que des conditions et des restrictions mises à sa jouissance, elles ne l'empêchent pas d'y renoncer. Mais si l'usufruit se rattache à une vente ou à une location pour un temps déterminé (u), l'usufruitier ne peut se libérer seul des prestations étrangères à son usufruit, et il doit toujours le prix de vente ou le fermage, à moins que le propriétaire ne lui en fasse la remise par contrat. — Cela nous explique en même temps pourquoi le titulaire d'une emphytéose ou d'un droit de superficie n'est pas libre d'y renoncer ; les prestations qui, pour l'usufruit, sont une obligation accidentelle et étrangère au contrat, forment ici une partie essentielle du rapport de droit. — Ces motifs n'existent pas pour les servitudes prédiales et pour le droit de gage ; le titulaire est toujours libre d'y renoncer. J'en dis autant de la saisie-gagerie ; le créancier peut même avoir à cet abandon un intérêt particulier, si la conservation de la chose saisie entraîne des frais ou des risques.

En matière d'obligation, le débiteur ne sau-

(s) L. 64, de usufructu (VII, 1).
(t) L. 13, § 2 ; L. 66, de usufructu (VII, 1).
(u) L. 10, C. de usufructu (III, 33).

rait jamais avoir la faculté de la rompre. Ce droit ne peut être contesté au créancier que dans des cas très-rares, lorsque, par un combat de générosité, de délicatesse ou d'orgueil, le créancier veut faire remise de sa dette et que le débiteur refuse de l'accepter. La novation fournit au créancier un moyen certain d'atteindre son but, en faisant par contrat remise de la dette au nouveau débiteur (*v*); ou bien encore il lui suffit de refuser la somme due, car le débiteur peut la déposer, mais non contraindre le créancier à la recevoir. — Voici une observation plus importante. Il y a plusieurs obligations, d'une nature particulière, dont chaque partie peut se dégager pour l'avenir en déclarant cette volonté à l'autre partie : tels sont la société, le mandat, le contrat de louage. Mais le caractère propre de cette faculté et les effets spéciaux de la déclaration ne peuvent être bien compris que dans leurs rapports avec le droit des obligations.

§ CCIII. — VI. *Invalidité des actes juridiques.* (Suite.)

Il me reste à parler de quelques questions particulières qui se rattachent à la nullité des actes juridiques.

(*v*) L. 91, de solut. (XLVI, 3).

Les causes de la nullité originaire sont de deux espèces. En effet, la nullité peut résulter de l'absence des conditions nécessaires, et relatives, soit aux qualités personnelles des parties, soit à l'essence de l'acte, ce qui comprend notamment l'existence de la volonté et l'observation des formes. Elle peut résulter aussi d'une loi positive qui prohibe l'acte dont il s'agit.

Quand une loi veut s'opposer à un acte juridique, elle peut employer divers moyens. Elle peut d'abord exiger des formes plus difficiles, et voilà vraisemblablement ce qui constitue une *imperfecta lex ;* elle peut infliger une peine tout en conservant à l'acte sa valeur et son efficacité : c'est alors une *minus quam perfecta lex ;* elle peut lui enlever une partie de ses effets, notamment au moyen d'une exception, comme font, par exemple, le *Sc. Macedonianum* et le *Sc. Vellejanum ;* elle peut, enfin, et c'est la voie la plus directe et la plus sûre, prononcer la nullité de l'acte : on l'appelle alors *perfecta lex* (*a*). Or, quand une loi prohibe un acte juridique sans déterminer exactement les conséquences de la prohibition, cela peut soulever des doutes, et ainsi l'on peut soutenir que la nullité est une conséquence trop grave pour l'admettre quand la loi ne la prononce pas expressément. Nous

(*a*) Ulpian., tit. de Legibus, § 1, 2. Ces textes offrent de nombreuses lacunes.

avons là-dessus une loi générale interprétative de Théodose II, où il est dit que toute prohibition de la loi entraîne la nullité de l'acte prohibé, lors même que la nullité n'est pas formellement exprimée (*b*). Dans le langage d'Ulpien, cela peut se traduire ainsi : toute loi prohibitive est regardée comme une *perfecta lex*. — Sont en outre frappés de nullité tous les actes simulés destinés à couvrir l'acte expressément prohibé par la loi. Du reste, ce n'est pas là une disposition nouvelle, mais l'application à ce cas spécial des principes généraux sur la simulation (§ 134).

Cette règle, malgré son apparence de généralité, souffre néanmoins une exception toute naturelle quand la loi attache à l'acte prohibé une conséquence autre que la nullité, ou incompatible avec la nullité (*c*). Je citerai comme exemple le *Sc. Macedonianum*, que ne modifie nullement la loi nouvelle, car l'*exceptio Sc. Macedoniani*, dont les effets sont si rigoureusement détermi-

(*b*) L. 5, C. de legibus (I, 14), et d'une manière plus complète dans la Nov. Theod., tit. 4. Cette novelle avait pour but de faire exécuter l'ancienne loi qui interdisait aux décurions l'administration (*procuratio*) des biens d'autrui, défense que l'on éludait par une *conductio* de ces biens. Le code Justinien omet cette circonstance, et le principe général ressort encore mieux que dans la novelle originale où il était déjà exprimé.

(*c*) Cf. Vinnius, quæst. selectæ, lib. 1, c. 1; Weber, natürliche Verbindlichkeit, § 74.

nés, est en realité incompatible avec la nullité du prêt. J'en dis autant du *Sc. Vellejanum* dans les cas où il est encore applicable sous sa forme primitive (*d*). Tel est aussi le mariage contracté par une veuve pendant l'année de deuil; car les peines prononcées par la loi impliquent évidemment l'existence d'une dot véritable, et dès lors la validité du second mariage (*e*). L'obstacle était donc, comme diraient les jurisconsultes modernes, *impediens,* mais non *dirimens* (*f*). — Il ne faudrait pas, néanmoins, étendre cette exception à toutes les lois prohibitives qui prononcent une peine sans s'expliquer sur la nullité; car la nullité pouvant très-bien se concilier avec

(*d*) En effet, pour la plupart des cas, Justinien avait déjà prononcé expressément la nullité de la caution, et dès lors il n'y avait plus lieu d'appliquer l'exception du sénatus-consulte. Là où cette exception trouve encore à s'appliquer, elle est inconciliable avec la nullité de la caution.

(*e*) Cf. Appendice VII, Num. III. Le motif de cette différence est évident. La nullité prononcée n'aurait pas atteint le but principal, celui d'éviter la *seminis turbatio,* et ensuite rien n'eût empêché les époux, l'année de deuil expirée, c'est-à-dire après un court délai, de contracter un nouveau mariage. Il ne s'agissait donc pas alors de montrer plus ou moins de sévérité, mais de prononcer les menaces les plus efficaces pour prévenir l'acte défendu.

(*f*) En général, de semblables cas sont rares en droit romain, mais plus fréquents dans les lois modernes particulières. Je citerai comme exemple les degrés de parenté susceptibles de dispense, et le défaut de consentement du père. Tous ces cas rentrent dans les exceptions à la règle de la L. 5, C. de L.

une peine, nous n'avons pas, en pareils cas, de raison suffisante pour nous écarter de la loi générale de Théodose.

Quand un acte juridique a été fait valablement, et qu'ensuite survient un changement de circonstances qui eût rendu cet acte impossible, on demande si ce changement réagit sur l'acte antérieurement fait et entraîne sa nullité. Plusieurs jurisconsultes romains ont admis la nullité, et leur décision a été insérée dans le Digeste (*g*); néanmoins elle n'était pas généralement adoptée (*h*). D'autres textes, en effet, nous avertissent de ne pas donner trop d'extension à cette règle (*i*), ce qui indique de nombreuses et importantes exceptions.

Si nous considérons sous ce point de vue les divers rapports de droit, nous trouvons que l'ex-

(*g*) L. 3, § 2, de his quæ pro non scriptis (XXXIV, 8). «... Nam quæ in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur. » Cf. L. 16, ad L. Aquil. (IX, 2).

(*h*) L. 98, pr. de V. O. (XLV, 1), «... et maxime *secundum illorum opinionem*, qui etiam ea, quæ recte constituerunt, *resolvi putant*, cum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere. »

(*i*) L. 85, § 1, de R. J. (L. 17). « *Non est novum*, ut, quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt. » L. 140, § 2, de V. O. (XLV, 1). « Etsi placeat, exstingui obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest : *non tamen hoc in omnibus verum est*. » § 14, J. de leg. (II, 20).

ception s'applique aussi souvent que la règle. Ainsi le mariage valablement contracté devient nul si, dans la suite, l'un des conjoints perd le droit de cité ou la liberté; l'aliénation mentale, survenue postérieurement, laisse subsister le mariage; mais si l'une de ces trois circonstances eût existé à l'époque du mariage, elle eût empêché la formation du contrat. De même un testament cesse d'être valable si le testateur perd le droit de cité ou la liberté, mais non s'il est frappé d'aliénation mentale.

Des auteurs modernes ont essayé de déterminer les conditions de l'application de la règle et de l'exception; mais ils se sont perdus dans tant de subtilités, et ils se sont permis tant d'assertions arbitraires qu'ils ne nous sont d'aucun secours pour la décision des cas douteux (*k*). Il vaut donc mieux renoncer à formuler une règle générale et se borner à l'appréciation de chaque cas particulier. Et ici aucune règle ne nous guidera plus sûrement que l'examen de la nature propre des divers rapports de droit, et l'analogie des décisions particulières contenues dans les sources du droit.

Si, au contraire, un empêchement déterminé

(*k*) Cette critique s'applique surtout à J. Gothofred. in tit. de R. J.; L. 85, § 1. L'interprétation d'Averanius, interpret., lib. IV, C. 24-26, sans être aussi mauvaise, ne donne guère de résultats certains.

s'oppose à la validité d'un acte juridique, et que plus tard cet empêchement vienne à cesser, on demande si cette circonstance a un effet rétroactif, et si dès lors l'acte est considéré comme valable dès l'origine. Il s'agit donc de savoir si le changement des circonstances a cet effet rétroactif, et couvre l'invalidité de l'acte (*l*).

Un texte de droit romain, conçu en termes généraux, établit la négative (*m*). Cette règle se trouve encore confirmée pour les testaments (*n*); et pour les legs, l'ancienne *regula Catoniana* n'en est, à proprement parler, que la reproduction (*o*). Néanmoins cette règle a aussi ses exceptions; et, au sujet de la *regula Catoniana*, Celsus nous avertit de ne point lui donner trop d'extension (note *o*). Si ces exceptions étaient aussi nombreuses et aussi variées que pour la règle dont j'ai parlé tout à l'heure, il vaudrait mieux abandonner complétement un principe aussi dangereux; mais en fait il n'en est pas ainsi, et la plupart des

(*l*) Cf. Averanius, interpret., lib. 4, C. 22.

(*m*) L. 29, de R. J. (L. 17). « Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere. »

(*n*) L. 201, de R. J. (L. 17). « Omnia, quæ ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint. »

(*o*) L. 1, pr. de reg. Catoniana (XXXIV, 7). « Regula Catoniana sic definit : quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valere. *Quæ definitio in quibusdam falsa est.* »

prétendues exceptions ne sont pas des exceptions véritables. Nous devons donc admettre la règle générale, sauf à constater les exceptions réellement contenues dans les sources du droit.

Je vais d'abord énumérer les cas faussement considérés comme exceptions par la plupart des auteurs. Le mariage contracté par un impubère devient valable, dit-on, quand il atteint l'âge de puberté (*p*); de même que le mariage contracté par un sénateur avec une affranchie cesse d'être nul quand il est expulsé du sénat (*q*); de même quand un Romain fonctionnaire public dans une province, ayant épousé une femme de cette province, résigne plus tard son emploi (*r*); de même quand un père, dont le consentement préalable était nécessaire pour la validité d'un mariage (*s*), donne plus tard ce consentement (*t*), ou vient à mourir (*u*). Mais dans tous ces cas il n'est pas vrai qu'un mariage nul devienne valable. D'après le droit romain, le mariage se contracte par le fait de la vie conjugale joint à l'intention de vivre comme époux, et pour cela il n'y a aucune

(*p*) L. 4, de ritu nupt. (XXIII, 2).

(*q*) L. 27, de ritu nupt. (XXIII, 2).

(*r*) L. 65, § 1, de ritu nupt. (XXIII, 2).

(*s*) Pr. J. de nupt. (I, 10), « in tantum, ut jussus parentum *præcedere* debeat. »

(*t*) L. 68, de j. dot. (XXIII, 3).

(*u*) L. 11, de statu hom. (I, 5).

forme spécialement exigée. Si donc une femme impubère entre comme épouse dans la maison d'un homme, et plus tard y atteint l'âge de puberté, dès ce moment existe un nouveau et véritable mariage, car toutes les conditions de validité se trouvent réunies. La liaison antérieure, qui était nulle, ne devient pas valable, mais elle n'empêche pas la légitimité du mariage. Il en est de même dans tous les cas cités, sans aucune exception, et quelquefois même cela est formellement exprimé. Ainsi, quand un fonctionnaire public dans une province résigne son emploi pendant la durée d'un mariage de fait, les enfants qu'il a eus avant cette époque ne sont pas légitimes (*v*); de même ne sont pas légitimes les enfants nés d'un mariage auquel le père de l'un des conjoints n'a pas donné son consentement, quand bien même ce père viendrait à mourir (*w*). Ainsi donc l'union contractée ne devient jamais valable, seulement elle ne fait pas obstacle à un nouveau mariage (*x*).

(*v*) L. 65, § 1, de ritu nupt. (XXII, 2), «... post depositum officium, si in eadem voluntate perseverat, justas nuptias *effici* : et ideo *postea liberos natos* ex justo matrimonio, legitimos esse. »

(*w*) L. 11, de statu hom. (I, 5). « Paulus respondit, eum qui vivente patre et ignorante de conjunctione filiæ conceptus est, licet post mortem avi natus sit, *justum filium ei, ex quo conceptus est, esse non videri.* »

(*x*) L. 13, § 6, ad L. Jul. de adult. (XLVIII, 5).

Lorsqu'un fils sous la puissance paternelle, un esclave ou un déporté, constitue un fidéicommis, et que plus tard il est émancipé, affranchi, ou recouvre le droit de cité, si l'on peut établir qu'il n'a pas changé d'intention, le fidéicommis est certainement valable; non que l'acte antérieur soit valide, mais c'est un second fidéicommis, reproduisant les dispositions du premier, et, d'après l'ancien droit, il suffisait pour un pareil acte d'une déclaration de volonté sans aucune formalité (*y*). — Les exceptions à la *regula Catoniana*, et sa non-application à l'*hereditas* et aux nouveaux décrets du peuple (*z*), tiennent à la nature particulière des actes de dernière volonté, que l'on peut rapporter également à leur date réelle et à l'époque de la mort. — Quand un acte a été fait au nom d'un tiers sans son aveu, et que plus tard ce tiers ratifie l'acte, la ratification a un effet rétroactif (*aa*); néanmoins, l'acte n'est pas validé; mais celui dont on a emprunté le nom, faisant l'acte sien dans toutes ses parties, en approuve aussi la date. La ratification équivaut à un nouveau contrat embras-

(*y*) L. 1, § 1, de leg. III. (XXXII, un.). «... fideicommissum relictum videri *quasi nunc datum*, cum mors ei contingit, videlicet *si duraverit voluntas* post manumissionem. » L. 1, § 5, eod. «... si modo in eadem voluntate duravit. »

(*z*) L. 1-5, de reg. Catoniana (XXXIV, 7).

(*aa*) L. 7, pr. ad Sc. Maced. (IV, 28).

sant tous les faits accomplis dans l'intervalle. — Le contrat dicté par la violence ou par la fraude, et ratifié plus tard librement, a un effet rétroactif; mais un pareil contrat, n'ayant jamais été nul, est en dehors de la question qui nous occupe.

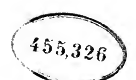
Voici maintenant les véritables exceptions à la règle. Quand un mari aliène un immeuble dotal, l'aliénation est nulle; mais si, plus tard, la dot entière lui est attribuée, l'acte de vente se trouve validé de soi-même, et la tradition n'a pas besoin d'être renouvelée (*bb*). Quand on vend la chose d'autrui, et que plus tard on en devient propriétaire, l'aliénation devient valide, et l'acquéreur est immédiatement propriétaire sans nouvelle tradition (*cc*).

Jusqu'ici je n'ai traité la question que par rapport aux actes nuls; quant aux actes attaquables, évidemment on peut toujours compléter ce qui

(*bb*) L. 42, de usurp. (XLI, 3). Ici *venditio* est synonyme de *alienatio*, et le *confirmari* se rapporte d'abord à la validité du titre pour l'usucapion, la seule application de ce genre possible dans l'ancien droit. Mais en outre, et surtout en droit Justinien, *confirmari* implique la validation immédiate de l'aliénation, c'est-à-dire de la propriété, sans aucune usucapion.

(*cc*) L. 42, de usurp. (XLI, 3), vers la fin. Pour l'explication de ce texte, Cf. note *bb*. — L. 4, § 32, de doli exc. (XLIV, 4). «... ac per hoc intelligeret, eum fundum rursum vendidisse, *quem in bonis non haberet.* » Les détails de cette question grave et compliquée se rattachent à l'exposition de la théorie de la propriété.

leur manque. Comme un acte n'est attaquable qu'en vertu d'un droit appartenant à une personne déterminée, ce droit une fois éteint, l'acte primitif reprend de soi-même toute son efficacité (§ 202). Tel est le cas déjà cité d'un contrat dicté par la violence ou par la fraude, et ratifié plus tard librement. Il ne serait pas exact de dire que le contract est validé; il est seulement débarrassé des exceptions (*metus* ou *doli*) auxquelles donnait lieu la violence ou la fraude.



APPENDICE IX.

DONATION PAR SIMPLE OMISSION.

(§ CXLIV.)

I

En général, la possibilité d'une semblable donation ne saurait être admise. Les restrictions positives qui constituent en droit le caractère essentiel de la donation se rapportent nécessairement à des actes juridiques, parmi lesquels ne peuvent être rangées les simples omissions. Comment en effet leur appliquer les formalités de la mancipation et de l'insinuation, qui occupent une place si importante dans le droit positif de la donation?

Il y a néanmoins deux circonstances où l'omission devient une donation véritable : premièrement, lorsque l'omission cache un acte qui réalise la donation; secondement, lorsque l'omission seule et exclusivement procure un bénéfice immanquable : elle est alors considérée comme une donation d'argent indirecte ou déguisée.

Je vais maintenant montrer l'application de ce principe dans un certain nombre de cas, et, pour mieux faire ressortir le résultat de cette recherche, je m'occuperai d'abord de la prohibition des donations entre époux. Il sera facile d'ajouter ensuite ce qui concerne l'insinuation et la révocation.

II

Je commence par un cas que distinguent entre tous les autres la simplicité de sa nature et la décision formelle contenue dans les sources du droit. Quand un mari a un droit de servitude sur un immeuble appartenant à sa femme, et qu'il laisse volontairement éteindre la servitude par *non-usage*, la femme se trouve enrichie de toute la valeur de la servitude, et cela résulte uniquement du non-usage ; car il eût suffi au mari, pour éviter cette diminution de richesse, d'exercer une seule fois son droit avant l'expiration du délai légal. Si l'on assimilait cette omission d'agir à un acte juridique, elle serait nulle, et dès lors la servitude, au lieu de s'éteindre, continuerait de subsister. Néanmoins il n'en est pas ainsi ; la servitude est éteinte comme elle le serait entre étrangers ; mais la femme se trouvant enrichie, et cela évidemment par la libéralité seule du mari, celui-ci a contre la femme une *condictio*, aux fins sans doute de rétablir la servitude ou d'obtenir le payement de sa valeur (*a*).

La *Pauliana actio* nous présente un cas absolument semblable. Quand un débiteur insolvable laisse volontairement éteindre une servitude, cela constitue une aliénation au profit du propriétaire, et les créanciers ont contre cette aliénation l'*actio Pauliana* (*b*). Il y a même ici un motif de plus que pour la donation entre époux, la mauvaise foi du débiteur.

Tels sont les cas auxquels se rapporte le principe géné-

(*a*) L. 5, § 6, de don. int. vir. (XXIV, 1). « Si donationis causa vir vel uxor servitute non utatur, puto amitti servitutem : verum post divortium condici posse. — Ces mots *post divortium* sont purement énonciatifs. En effet, tant que les époux sont en bonne intelligence, la réclamation peut rarement avoir lieu ; mais le droit n'en subsiste pas moins, même pendant le mariage.

(*b*) L. 3, § 1 ; L. 4, quæ in fraudem (XLII, 8).

ral que l'extinction des servitudes par le non-usage vaut comme aliénation (*c*).

III

En matière d'usucapion, la question est beaucoup plus compliquée. Le propriétaire, en laissant accomplir une usucapion qu'il pouvait empêcher, fait-il une donation? Cette question se rattache à une autre plus générale, celle de savoir s'il fait une aliénation. Examinons d'abord ce dernier point dans son application à un rapport de droit analogue.

Le mari n'a pas le droit d'aliéner les immeubles dotaux, et s'il tente de le faire ses actes sont nuls. Supposons que la maison donnée en dot menace ruine, que le voisin demande caution contre cette éventualité, et que le mari refuse de fournir la caution. En pareils cas le voisin obtient d'abord une *missio in possessionem*, et, si le refus se prolonge, le préteur, par un second décret, lui alloue la *possessio*. Par là on entendait la transmission immédiate de la propriété au propriétaire menacé (*a*), mais de la propriété telle que pouvait la conférer le préteur, c'est-à-dire *in bonis*, et alors l'usucapion était nécessaire pour rendre cette propriété parfaite (*ex jure Quiritium*) (*b*). Cette procédure ainsi dirigée contre le mari refusant la caution, on pourrait croire que la prohibition de l'aliénation des immeubles dotaux empêche

(*c*) L. 28, pr. de V. S. (L. 16). « ... Eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutes. »

(*a*) L. 15, § 23, de damno inf. (XXXIX, 2).

(*b*) L. 5, pr.; L. 18, § 15; L. 12; L. 15, § 16; L. 44, § 1, de damno inf. (XXXIX, 2). Ces textes, dans leur sens primitif que je viens d'exposer, ne sont plus applicables au droit Justinien, qui ne connaît pas la distinction de la propriété bonitaire et quiritaire, et sous son empire le second décret du magistrat confère immédiatement la propriété parfaite. Il faut donc supposer que le possesseur qui refuse la caution n'est pas propriétaire; alors le voisin, même par le second décret du préteur, n'obtient que la *b. f. possessio*, et la propriété s'acquiert seulement par l'usucapion.

la transmission de la propriété; car elle résulte incontestablement de la volonté du mari, qui pouvait empêcher cette transmission en donnant caution avant le second décret. Néanmoins il est dit expressément que dans ce cas le voisin acquiert la propriété de la maison menaçant ruine (c). Il faut donc poser en principe que le défaut d'obstacle à la transmission et à l'usucapion ne constitue pas une violation de la défense des aliénations.

IV

La même décision s'applique au cas suivant. Lorsque, sous l'empire de l'ancien droit, une femme se constituait en dot par voie de mancipation un domaine à elle appartenant et possédé par un étranger, acte parfaitement valable malgré l'absence de la possession (*a*), le mari avait le droit et aussi le devoir de revendiquer le domaine au tiers possesseur. Si le mari laissait l'usucapion s'accomplir et le possesseur acquérir la propriété, il était responsable de cette perte envers sa femme, à moins que le temps écoulé depuis la mancipation ne fût trop court pour que le mari pût être accusé de négligence. Si l'on objecte que cette perte est impossible, la prohibition de l'aliénation comprenant aussi la perte résultant de l'usucapion, on répond que, dans ce cas, l'usucapion était commencée avant la constitution de dot, et qu'ainsi le mari n'a contribué à l'usucapion que par son défaut d'a-

(c) L. 1, pr. de fundo dot. (XXIII, 5). « Interdum lex Julia de fundo dotali cessat, si, ob id, quod maritus damni infecti non cavebat, missus sit vicinus in possessionem dotalis prædii, deinde jussus sit possidere : hic enim dominus vicinus fit, *quia hæc alienatio non est voluntaria.* » Ces derniers mots ne veulent pas dire que la volonté du mari n'a eu aucune influence sur la perte éprouvée, car cela serait faux, mais que cette perte ne résulte pas d'un acte positif du mari.

(*a*) Ulpian., XIX, § 6, où l'on voit que des immeubles situés dans différents lieux peuvent être mancipés en même temps, c'est-à-dire sans égard à la possession actuelle du propriétaire.

gir (*b*). Si, au contraire, le mari eût lui-même aliéné l'immeuble dotal, non-seulement sa mancipation comme transmission immédiate de la propriété quiritaire serait nulle, mais la tradition même ne donnerait pas lieu à l'usucapion, car on eût ainsi éludé facilement la prohibition de la loi (*c*). Dans ce dernier cas, l'usucapion, consommant une aliénation prohibée, ne résulterait donc pas de l'inaction, mais bien d'un acte positif du mari (*d*).

Voilà donc comme il faut entendre ce passage de Paul dans la L. 28, pr. de V. S. (L. 16) : « Alienationis verbum etiam usucapionem continet : vix est enim ut non videatur

(*b*) Ces motifs servent de commentaire à la L. 16 de fundo dotali (XXIII, 5), qui a soulevé beaucoup de controverses. Pour l'ancien droit, ce texte ne présente aucune difficulté, mais en droit Justinien les cas auxquels il s'applique ne sont plus les mêmes. En effet, nous voyons qu'un immeuble ne peut devenir dotal que par la tradition (L. 5, sol. matr., XXIV, 3, loi évidemment interpolée); dès lors un immeuble possédé par un tiers ne peut devenir dotal, comme je le montrerai tout à l'heure. Cette explication, tirée de l'ancien droit, ne touche nullement le côté positif et pratique du texte; je ne m'en sers que pour prévenir une objection. On ne saurait donc me blâmer de chercher dans l'ancien droit un argument pour l'interprétation de notre texte. — Le côté positif et pratique de la question est uniquement la responsabilité du mari pour le défaut de revendication. Voici comment ce cas peut se présenter dans le droit nouveau. Si une femme promet en dot à son mari un immeuble à elle appartenant, mais possédé par un tiers qui en commence l'usucapion, et qu'elle cède en même temps au mari son droit de revendication, l'immeuble n'étant pas encore dotal, il ne saurait être question de la prohibition d'aliéner. Néanmoins, le mari est tenu d'exercer la revendication en temps utile, et il doit compte de la valeur de l'immeuble si, par sa négligence, il a laissé accomplir l'usucapion.

(*c*) Si le mari vend un immeuble dotal, la vente est nulle (L. 42, de usurp., XLI, 3, « venditio non valet »); or, la tradition n'ayant pas de *justa causa* ne peut servir de base à l'usucapion.

(*d*) Dans le même sens, quoique avec un but différent, la L. 85 de m. c. don. (XXXIX, 6), dit, au sujet de l'usucapion du donataire *mortis causa*, que l'acquisition (le *capere*) ne provient pas du propriétaire antérieur, « sed ab eo qui occasionem usucapionis præstitisset. » Ainsi, dans le cas qui nous occupe, l'aliénation résulte de l'*occasio præstita*, non du défaut d'interruption.

alienare, qui patitur usucapi. » Pris dans la généralité dont il est susceptible, ce texte contredirait les principes si clairs exposés plus haut; on doit donc sous-entendre : quand lui-même a donné lieu à l'usucapion. Cette explication restrictive, indispensable dans un si grand nombre de textes des deux derniers titres du Digeste, a été si souvent suppléée que je n'ai pas besoin de la justifier ici.

V

Tout cela n'est que le préliminaire de la question proposée : Le mari fait-il une donation prohibée en souffrant que sa femme s'empare de sa chose au moyen de l'usucapion? Il faut néanmoins supposer qu'un étranger est détenteur de la chose et la livre à la femme par suite d'une vente ou d'une donation. Maintenant, le mari, qui pourrait exercer une revendication contre sa femme, ne le fait pas et laisse expirer le temps de l'usucapion : y a-t-il là une donation prohibée entre époux, et par conséquent nulle? Tel est le cas décidé dans la L. 44, pr. de don. int. vir. (XXIV, 1), qui a soulevé tant de controverses (*a*). Le cas peut se présenter d'abord dans des circonstances qui ne laissent aucune incertitude, celui dont parle la première partie du texte : lorsque, jusqu'à l'accomplissement de l'usucapion, aucune des parties ne connaît la propriété du mari, alors il n'y a évidemment pas de donation. Abstraction faite de ce premier cas, il y a trois hypothèses possibles : la propriété du mari est connue de lui seul, ou de la femme seule, ou enfin de tous les deux. Examinons successivement ces trois hypothèses d'après les

(*a*) J'ai déjà essayé d'expliquer ce texte dans la Zeitschrift für gesch. Rechtsw., v. I, p. 270-421. Je regarde encore l'explication principale comme vraie; seulement, je tâcherai de rectifier quelques points secondaires. Les opinions des anciens auteurs sont rapportées dans ma dissertation. Mon explication a été attaquée dans les Heidelberger Jahrbücher, 1816, pag. 107-111. Je répondrai ici à cette critique.

principes généraux du droit, et cet examen nous conduira à l'explication de notre texte.

VI

1) Le mari seul découvre qu'il est propriétaire, mais il ne le déclare pas à sa femme, et pour l'enrichir il laisse s'accomplir l'usucapion. Y a-t-il là une donation véritable tombant sous la prohibition des donations entre époux?

On pourrait nier l'existence de la donation en disant que toute donation résulte d'un contrat, et que l'ignorance de la femme rend le contrat impossible (*a*); mais j'ai montré (§ 160) que la donation peut résulter d'un acte unilatéral du donateur ; cet argument n'est donc point décisif.

Si l'on admet que le cas proposé rentre dans la prohibition des donations entre époux, cela peut s'entendre de deux manières : directement, et alors l'usucapion n'aurait pas lieu; indirectement, et alors l'usucapion produirait ses effets accoutumés; mais le mari pourrait ensuite réclamer la valeur de sa chose au moyen d'une condiction.

La première hypothèse est complétement inadmissible, car la prohibition de la donation peut tout au plus effectuer le contraire de ce qu'aurait opéré l'acte contenant donation; si, par exemple, la donation se fait par voie de mancipation, la mancipation est regardée comme non avenue. Ainsi, dans notre espèce, l'inaction du mari ne saurait avoir plus d'effets que n'en aurait eu l'acte dont il s'est abstenu. Maintenant, que pouvait faire le mari? L'expulsion étant prohibée, il devait exercer contre sa femme une revendication. Mais la revendication n'empêche pas l'usucapion commencée de s'accomplir; seulement le demandeur, si son action est reconnue fondée, peut se faire restituer la propriété qu'il a

(*a*) J'avais invoqué dans la Zeitschrift, p. 276, cet argument, que j'abandonne aujourd'hui.

perdue (*b*). Or le défaut de revendication ne peut faire plus que n'aurait fait la revendication en soi (*c*). Pour le non-usage des servitudes, la chose est bien différente. Ici le contraire de l'inaction, c'est-à-dire un seul acte exercé avant l'expiration du délai, aurait empêché immanquablement la perte de la servitude, et néanmoins le défaut d'agir n'empêche pas la perte de la servitude (Num. II). Combien moins d'efficacité doit avoir le défaut d'agir en matière d'usucapion !

Quant à la seconde hypothèse, l'effet indirect de la prohibition, c'est-à-dire la restitution de la chose au moyen d'une condiction, il semble que l'on doive l'admettre d'après l'analogie de la servitude perdue par le non-usage (Num. II). Néanmoins je ne le pense pas. La différence essentielle consiste en ce que le défaut d'agir est la cause unique et nécessaire de la perte de la servitude, et nullement de la perte de la propriété dans le cas de l'usucapion. En effet, la servitude est immanquablement éteinte par le défaut d'exercice, lors même que le propriétaire ne serait pas en possession de la chose (*d*); comme aussi la servitude subsiste immanquablement si elle est une seule fois exercée. L'usucapion au contraire peut être arrêtée indépendamment du défaut d'agir ; si,

(*b*) L. 18, de rei vind. (VI, 1). « Si post acceptum judicium possessor usu hominem cepit, debet eum tradere, eoque nomine de dolo cavere : periculum est enim, ne eum vel pigneraverit vel manumiserit. » Le demandeur a donc simplement une créance obligatoire fondée sur la *litis contestatio*. Si après le délai de l'usucapion, le possesseur pouvait valablement donner l'esclave en gage, ou même l'affranchir, il en avait nécessairement acquis la propriété. — Au lieu de *tradere*, le jurisconsulte auteur de ce texte avait probablement écrit *mancipare*.

(*c*) Indépendamment du jugement et de l'exécution qui peuvent intervenir, mais qui d'abord sont incertains, et en outre ne dépendent pas de la volonté de l'homme.

(*d*) Il n'en est pas de même des *servitutes prædiorum urbanorum*, parce que, indépendamment du *non usus*, leur perte nécessite une *libertatis usucapio* éciale. L. 32, § 1, de serv. præd. urb. (VIII, 2).

par exemple, la femme se trouve accidentellement dépossédée. D'un autre côté, les diligences du mari ne suffisent pas pour écarter certainement la perte de la propriété; ainsi, tout en revendiquant, il peut perdre son procès, soit par le défaut de preuves, soit par l'erreur ou la prévarication du juge. L'inaction du mari n'est donc pas, comme le non-usage de la servitude, l'abandon direct d'un droit des biens, et par conséquent elle ne peut motiver une condiction (*e*).

VII

2) La femme qui possède et continue l'usucapion découvre seule la propriété du mari. Ici évidemment il n'y a point de donation, car la volonté du donateur, condition essentielle de toute donation, n'existe pas, et en droit romain rien n'arrête l'usucapion. Néanmoins la femme, en découvrant la propriété de son mari, cesse de posséder de bonne foi, et, comme le droit canon, dérogeant au droit romain, exige la bonne foi, non-seulement au commencement de la possession, mais pendant toute sa durée, l'usucapion devient impossible. Mais cela n'a aucun rapport avec la prohibition des donations entre époux.

VIII

3) Enfin la propriété du mari est connue des deux conjoints, qui s'entendent pour continuer la possesion et l'usucapion.

(*e*) On pourrait objecter que, d'après la L. 16, de fundo dot. (XXIII, 5), le mari est responsable du défaut de revendication et soumis pour ce fait à la *dotis actio* (rem periculi sui fecit. Voy. Num. IV). Mais cette responsabilité est fondée sur une *culpa*, et quand il s'agit de l'apprécier on doit prendre en considération le résultat probable de la revendication. Or, le caractère juridique de la donation n'existe que là où le bénéfice tient nécessairement et exclusivement à un acte ou à une tolérance du donateur; de sorte que, sans cet acte ou cette tolérance, le bénéfice disparaîtrait immanquablement.

Ici l'on pourrait encore objecter la mauvaise foi de la femme, puisqu'elle connaît le propriétaire véritable. Cette circonstance n'empêcherait pas seule l'usucapion, puisque le propriétaire consent à la continuation de la possession; mais ici se présente réellement la prohibition des donations entre époux, qui rend l'usucapion impossible.

Voici en effet le rapport de droit dans tout son développement. Les deux conjoints connaissant la propriété du mari, celui-ci peut aussitôt recouvrer la possession; mais, comme il renonce volontairement à cette faculté, cela constitue une donation véritable. On suppose que la femme a restitué la chose à son mari et l'a reçue immédiatement de ses mains. La même combinaison se reproduit également dans d'autres circonstances. Lorsqu'un étranger est en possession de ma chose, et que je veux lui en transférer la propriété à titre de vente ou de donation, je puis le faire sans aucun acte extérieur apparent (*a*) : cela s'opère au moyen d'un *constitutum possessorium* immédiatement suivi d'une *brevi manu traditio*. On peut dire en pareille circonstance ce que dit Ulpien du cas où je charge mon débiteur de payer à un tiers l'argent qu'il me doit : l'argent est supposé m'avoir été d'abord rendu par mon débiteur, puis avoir été par moi remis à ce tiers : « nam celeritate conjungendarum inter se actionum unam actionem occultari (*b*). »

Ainsi donc, dans notre espèce, la femme est censée avoir effectivement rendu la chose à son mari, dont elle reconnait la propriété, et l'avoir ensuite reçue de ses mains à titre de donation. La restitution de la chose interrompt l'usucapion commencée, et sa nouvelle remise ferait commencer une *pro*

(*a*) L. 21, § 1, de adqu. rer. dom. (XLI, 1). « Si rem meam possideas, et eam velim tuam esse, fiet tua : quamvis possessio apud me non fuerit. » De même on lit dans la L. 46, de rei vind. : « dominium *statim* ad possessorem pertinet. »

(*b*) L. 3, § 12, de don. int. vir. (XXIV, 1).

donato usucapio, si cette donation, comme acte nul, n'était incapable de valoir comme *justa causa.* Ainsi, en pareille circonstance, l'usucapion de la femme est impossible.

Au premier abord on pourrait croire que, dans ce cas du moins, la simple omission du mari constitue la donation; mais en réalité la donation résulte d'un acte positif; seulement cet acte est caché.

Le même motif vient confirmer la décision inverse du premier cas (Num. VI). En effet, quelque influence que l'on veuille attribuer à la découverte faite par le mari seul et à sa volonté, on reconnaîtra du moins qu'elle n'interrompt pas la possession de la femme; et c'est précisément l'interruption de cette possession qui, dans le troisième cas, rend impossible la continuation et l'achèvement de l'usucapion.

IX

Après avoir examiné les différents cas d'après les principes généraux, je vais montrer la confirmation des résultats obtenus dans notre texte, la L. 44, de don. int. vir. La première partie renferme cette proposition évidente, que l'usucapion de la femme ne souffre pas la moindre difficulté lorsque aucune des parties ne connaît la propriété du mari. Viennent ensuite, d'après ma manière de diviser et d'interpréter le texte, les deux derniers des trois cas énumérés plus haut, d'abord le troisième, puis le second; le premier est passé sous silence. Voici la partie du texte relative au troisième cas :

Sed si vir rescierit suam rem esse priusquam usucapiatur, vindicareque eam nec poterit nec volet, et hoc et mulier noverit, interrumpetur possessio, quia transiit in causam ab eo factæ donationis.

Je trouve dans ces mots la confirmation complète de la combinaison développée plus haut (Num. VIII). Comme la femme est censée avoir restitué à son mari la possession et

l'avoir ensuite reçue de lui, sa possession antérieure est réellement interrompue (interrumpetur possessio). L'ancienne *causa possidendi*, la donation licite du tiers, cesse d'agir, et se trouve remplacée par une nouvelle possession ayant une *causa* nouvelle, la donation prohibée entre époux, donation qui ne peut servir de base à l'usucapion (*transiit* in causam ab eo factæ donationis).

Vient ensuite l'examen du second cas (Num. VIII) ainsi conçu : Ipsius mulieris scientia propius est, ut nullum adquisitioni dominii ejus adferat impedimentum : non enim omnimodo uxores ex bonis virorum, sed ex causa donationis ab ipsis factæ, adquirere prohibitæ sunt. C'est-à-dire : si la propriété du mari n'est connue que de la femme (*a*), cela n'empêche pas l'usucapion, car il n'est pas défendu à la femme de rien acquérir des biens de son mari ; seulement il lui est défendu d'acquérir à titre de donation, et ici l'ignorance du mari est incompatible avec l'idée de donation.

Notre texte ne parle pas du premier cas, celui où le mari connaît seul sa propriété; mais on doit croire que dans ce cas, comme dans le second dont je viens de parler, Neratius admet l'usucapion; autrement il n'aurait pas représenté comme condition du défaut de l'usucapion la connivence de la femme (*et hoc et mulier noverit*), car dans l'opinion contraire ce serait là une circonstance indifférente.

X

La ponctuation de ce texte adoptée par moi diffère de la ponctuation ordinaire que voici :

Quia transiit in causam ab eo factæ donationis ipsius mu-

(*a*) Ainsi donc, *ipsius* est ici pour *solius*, et par conséquent opposé à *utriusque*. D'autres textes mettent hors de doute cette signification de *ipse*. Cf. L. 17, § 2, de præscr. verb. (XIX, 5); L. 21, de damno infecto (XXXIX, 2); Gaius, I, § 190; Ulpian., XIX, § 7.

lieris scientia. Propius est ut nullum... adferat impedimentum.

Ainsi ponctuée, la dernière moitié du texte ne parlerait pas de deux cas différents, mais d'un seul, celui où les deux époux sont de connivence. Mais comme cette ponctuation établirait une contradiction entre le *interrumpetur possessio* et ces mots : *nullum... adferat impedimentum*, la plupart des auteurs, après *mulieris scientia*, ont substitué au point un point d'interrogation. Les mots *interrumpetur possessio* deviennent ainsi une simple interrogation, à laquelle répond négativement le reste du texte; ce qui, à la vérité, ôte la contradiction, mais conduit à un résultat tout contraire du mien. J'ai essayé de montrer dans ma dissertation (Num. V *a*) combien peu était satisfaisante l'interprêtation obtenue de cette manière de ponctuer.

Dernièrement un journal publié à Heidelberg, faisant la critique de ma dissertation, a adopté la ponctuation ordinaire, et je vais examiner le sens qu'il donne à notre texte. Suivant lui, la donation du tiers continue de subsister, et l'usucapion dont elle est la base attribue effectivement la propriété à la femme. Il y a en outre donation réelle du mari à la femme (*a*); donation qui ne motive pas l'usucapion, mais n'y fait point obstacle. — Je ne saurais admettre cette interprétation, pour deux motifs. D'abord elle est en contradiction avec le mot *transiit;* ce mot ne peut être employé que si un rapport disparaît et fait place à un autre, non s'ils subsistent tous deux concurremment. Ainsi, par exemple, au sujet de la novation, on dit bien que la dette *transit in expromissorem;* mais au sujet du cautionnement on ne dira certainement pas : *transit in fidejussorem*. Ensuite on ne voit

(*a*) Le critique (p. 108, 109) se voit forcé d'admettre la donation réelle du mari, à cause de ces mots *quia transiit*, qui n'expriment pas une hypothèse (comme, par exemple, le *quasi transeat*), mais une assertion, et dès lors n'appartiennent pas à la proposition conditionnelle.

pas dans ce système comment la donation du mari enrichirait la femme. Celle-ci tient de la donation faite par le tiers, la *b. f. possessio*, et l'usucapion en est la suite; il ne reste donc rien que la femme puisse devoir à la libéralité du mari, rien qui nous autorise à admettre une donation faite par celui-ci, donation que Nératius reconnaît formellement. Tout ce que cette interprétation attribue à la femme, elle l'aurait également si le mari n'eût pas connu sa propriété.

XI

La prescription des actions nous offre une autre omission par laquelle un époux peut enrichir son conjoint. Si donc un mari créancier de sa femme laisse prescrire sa créance, y a-t-il là donation prohibée?

Nous n'avons pas là-dessus de décision expresse dans les sources. Si nous nous en tenons à l'analogie de l'usucapion, nous devons dire que rien n'arrête le cours de la prescription, et que le débiteur acquiert réellement la *temporalis præscriptio.* Nous devons ajouter que, comme en matière d'usucapion, il n'y a point là d'enrichissement indirect certain; car, si l'action était intentée, son résultat est toujours douteux. En outre, le cas où l'interruption de la possession arrête l'usucapion commencée (Num. VIII) ne peut pas se présenter pour la prescription des actions. Voici encore un argument à l'appui de cette doctrine. On a vu (§ 149, *a*, *i*) que le payement ou la novation d'une *naturalis obligatio* ne constitue pas une donation. Or, la prescription des actions ne faisant que changer une *civilis obligatio* en une *naturalis*, cette transformation inverse ne doit pas non plus être regardée comme une donation (*a*).

(*a*) Cet argument n'est pas tout à fait péremptoire. Indépendamment des moyens de contrainte accidentels, la *naturalis obligatio* a sa sanction dans la loyauté du débiteur; aussi, en pareil cas, le payement volontaire ou la novation est en général considéré comme un payement ordinaire, non comme une donation.

On pourrait vouloir envisager la chose sous un autre point de vue. Quand un débiteur insolvable laisse volontairement prescrire une créance à lui appartenant, la *Pauliana actio* peut s'exercer contre le débiteur libéré ; j'en dis autant de la *Faviana* (*b*). Cette manière d'agir semble donc reconnue comme une aliénation véritable. Néanmoins l'analogie n'est pas décisive ; car, pour les deux actions dont je viens de parler, la mauvaise foi du débiteur ou de l'affranchi peut très-bien motiver une rigueur plus grande.

XII

Dans l'ancienne procédure, le titulaire d'un droit pouvait perdre son action s'il laissait accomplir la prescription de la procédure, ou s'il ne comparaissait pas en justice (*a*). D'après les motifs développés tout à l'heure pour la prescription des actions, de semblables omissions ne doivent point être regardées comme des donations.

XIII

Mais quand le titulaire d'un droit laisse volontairement repousser une action par une exception de son adversaire, c'est-à-dire néglige d'opposer à l'exception une défense fondée en droit, cela constitue une donation véritable, susceptible entre époux d'être révoquée au moyen de la condiction (*a*).

Mais quand le créancier laisse volontairement accomplir la prescription, et fait sous cette forme remise de sa créance, le débiteur n'a plus de motifs pour acquitter volontairement sa dette.

(*b*) L. 3, § 1, quæ in fraud. (XLII, 8). « vel a debitore non petit ut tempore liberetur ». L. 1, § 7, 8, si quid in fraud. (XXXVIII, 5). Cf. § 145, *u*.

(*a*) Ces cas sont énumérés au sujet de la *Pauliana*, L. 3, § 1, quæ in fraud. (XLII, 8). « .... si forte data opera ad judicium non adfuit, vel litem mori patiatur. » Sur le *litem mori*, Cf. Gaius, IV, § 105, 106.

(*a*) L. 5, § 7, de don. int. vir. (XXIV, 1). Cf., § 158 ; *k*, *l*. En effet, ce n'est qu'une forme de la remise de la dette.

De même, dans le cas inverse, se laisser condamner faute de présenter une exception légitime est un moyen indirect de contracter une dette pour enrichir son adversaire (Cf. § 157, *o*, *p*).

Voici ce qui distingue ces cas de ceux où on laisse s'accomplir les prescriptions des actions. La procédure est considérée comme un tout indivisible où les actes et les omissions ne peuvent être envisagés séparément. Ainsi donc il faut toujours admettre que, par la manière de diriger la procédure, c'est-à-dire par un acte positif, la partie a toujours amené volontairement la perte du procès.

XIV

Une règle de l'ancien droit mérite encore une mention particulière, celle qui borne à deux années le droit du créancier contre les cautions, de sorte qu'après ce délai les cautions sont libérées *ipso jure* (*a*). Si donc le mari cautionnait un tiers débiteur de sa femme, et que celle-ci laissât volontairement passer les deux années sans exercer de poursuites, son silence équivalait à une remise de la garantie, et pouvait dès lors être considéré comme donation. En effet, ce cas a beaucoup d'analogie avec la perte de la servitude par le non-usage, perte également encourue *ipso jure*, et qui vaut comme donation (Num. II). Néanmoins il n'y a pas là de donation, parce que la remise de la garantie ne constitue jamais une donation (§ 158).

XV

Ce que je viens de dire sur la nature de donation des simples omissions entre époux doit maintenant être appliqué à l'insinuation et à la révocation des donations. Ici encore,

(*a*) Gaius, III, § 121.

dans la plupart des cas de simples omissions, l'existence d'une donation doit être également déniée; mais là où il y a donation entre époux, il y a également lieu à l'insinuation et à la révocation. Ainsi, dans le cas de la perte volontaire d'une servitude par le non-usage, il ne peut-être question d'insinuation; mais si sa valeur excède 500 ducats, elle peut être réclamée comme donnée irrégulièrement. La servitude peut être aussi reprise pour cause d'ingratitude du donataire. — Il faut en dire autant lorsque, pendant le cours d'une usucapion, le propriétaire et le possesseur sont éclairés sur la nature de leurs droits, et s'entendent pour laisser accomplir l'usucapion. Ici il y a toujours lieu à révocation pour cause d'ingratitude, et, si la chose vaut plus de 500 ducats, la donation est nulle pour l'excédant.

APPENDICE X.

INFLUENCE DE LA DONATION SUR LES TIERS

(§§ CLVII, CLVIII, CLXIII, CLXVII, CLXIX).

I

Etiam per interpositam personam donatio consummari potest, dit Paul dans la L. 4, de don. (XXXIX, 5). Pris littéralement, ce texte pourrait s'entendre du simple concours d'une personne étrangère à l'exécution de la donation, quand le donateur fait remettre ou le donataire fait recevoir la chose donnée par un intermédiaire. Néanmoins ce texte doit plutôt s'entendre des cas où la donation s'opère au moyen d'un acte juridique fait avec une tierce personne. Quand un pareil acte se rencontre avec une règle de droit

prohibant la donation, quand, par exemple, il a pour but d'enrichir un époux, alors on demande si la règle de droit annule ou laisse subsister l'acte passé avec le tiers. Je vais d'abord rapporter les décisions formelles relatives à cette question contenues dans les sources du droit; je m'occuperai ensuite des applications qui n'y sont pas mentionnées.

II

Relativement aux donations entre époux, nous voyons exprimé le principe général que l'acte juridique passé avec le tiers est également nul (*a*).

Voici l'application la plus simple de ce principe. Le mari gratifie sa femme en s'engageant à acquitter une de ses dettes. Ici tout est également nul, l'engagement du mari vis-à-vis du créancier comme la libération de la femme, et les choses demeurent dans le même état qu'auparavant (*b*). —La nullité n'était point absolument indispensable pour le maintien de la prohibition; on pouvait admettre comme valable l'engagement et la libération, et seulement accorder au mari une condiction contre sa femme, de même que s'il lui eût donné de l'argent comptant. Néanmoins la nullité est une voie plus directe et plus sûre, car des circonstances accidentelles, l'insolvabilité de la femme, par exemple, pouvaient rendre la prohibition illusoire.

(*a*) L. 5, § 2, de don. int. vir. (XXIV, 1). « Generaliter tenendum est quod inter ipsos, aut qui ad eos pertinent, *aut per interpositas personas donationis causa agatur*, non valere. » Heldewier, de donatione inter conjuges per alium facta prohibita, Lugd.-Bat., 1777, 4, traite cette question, mais d'une manière beaucoup trop exclusive.

(*b*) L. 5, § 4, de don. int. vir. (XXIV, 1). « Si uxor viri creditori donationis causa promiserit et fidejussorem dederit, neque virum liberari, neque mulierem obligari vel fidejussorem ejus, Julianus ait; perindeque haberi ac si nihil promisisset. »

III

Il en est absolument de même quand la donation résulte du transport d'une créance, c'est-à-dire quand le mari charge un débiteur de s'engager envers sa femme. Ici encore tout est nul, car le débiteur n'est pas libéré envers le mari, ni engagé envers la femme (*a*).

Cette espèce d'actes juridiques a reçu un développement remarquable. Lorsque, dans d'autres cas de nullité, un payement a été fait par erreur, le payement, valable en soi, transfère la propriété de l'argent; seulement le débiteur a une *condictio indebiti* en restitution d'une somme égale (*b*). Ici il en est autrement. Quand, sur l'ordre du mari, le débiteur paye à la femme, le payement est nul. Tant que la somme payée existe en nature, le débiteur peut exercer la revendication, et la condiction quand la somme a été consommée; mais ce payement ne le libère pas plus *ipso jure* envers le mari que ne le faisait la novation. Néanmoins, comme il a payé d'après la volonté du mari, il peut opposer à sa réclamation une *doli exceptio*, mais en lui cédant son droit de revendication. Pour la condiction, le mari n'avait pas besoin de cession, car la femme, étant enrichie aux dépens du mari des sommes consommées (mais non dissipées), celui-ci a directement contre elle la condiction (*c*). — Cette conséquence

(*a*) L. 5, § 3, de don. int. vir. (XXIV, 1). « Si debitor viri pecuniam, jussu mariti, uxori promiserit, nihil agitur. » L. 39, eod. « ... Respondi inanem fuisse eam stipulationem. » — Il en est de même quand la personne déléguée n'est pas débitrice du mari, mais promet par son ordre à l'autre époux, et acquiert ainsi contre le donateur une *actio mandati*. Telle est l'espèce de la L. 52, § 1 eod. (mais beaucoup plus compliquée, parce qu'il y a en même temps *mortis causa donatio*) « ..... defuncto viro viva muliere, stipulatio solvitur..... nam quo casu inter exteros condictio nascitur, *inter maritos nihil agitur.* » Cf. § 157, s[1]; § 171, *m*.

(*b*) L. 23, pr., § 1, 2; L. 41, de cond. indeb. (XII, 6).

(*c*) C'est ce que l'on voit dans le texte remarquable de Julien, L. 39, de don. int. vir. (XXIV, 1), dont j'ai cité le commencement note *a*.

spéciale du payement d'une dette contractée illégalement s'étend au cas mentionné plus haut (Num. II), celui où la donation devait résulter de la libération de la femme.

IV.

Lorsqu'un mari, voulant gratifier sa femme, charge un débiteur de lui payer sa dette, il semble que le débiteur devrait demeurer engagé, et qu'il devrait revendiquer à la femme la somme payée. Ici il en est autrement, par suite du développement plus libre introduit en matière de possession. La somme est censée avoir été payée par le débiteur au mari, et avoir été remise par le mari à la femme. C'est pourquoi le débiteur se trouve libéré, et le mari a contre sa femme les voies de droit ordinaires (*a*). De même, si le mari charge de payer la femme, non pas un débiteur, mais un tiers qui veut le gratifier, le mari devient propriétaire et peut réclamer la somme de la femme (*b*). Il en serait encore de même si la chose était livrée à la femme, non par un débiteur ou un donateur, mais par un simple mandataire du mari (*c*).

(*a*) L. 3, § 12, de don. int. vir. (XXIV, 1), d'Ulpien, qui invoque l'autorité de Celsus (le jeune). A ce sujet, la L. 26, pr. eod., dit seulement que la femme n'a pas la possession civile (encore bien moins la propriété); mais elle ne dit pas à qui appartient la propriété. — On pourrait regarder comme contradictoire la L. 39, eod. (Num. III), d'après laquelle le débiteur reste propriétaire de l'argent. Mais celui-ci a payé pour éteindre une obligation qu'il croyait valable, non d'après l'ordre du mari; il n'avait donc pas l'intention de rendre le mari possesseur et propriétaire de l'argent, intention qui doit être nécessairement la base de tout *constitutum possessorium*.

(*b*) L. 3, § 13, de don. int. vir. (XXIV, 1), d'Ulpien, qui invoque l'autorité de Julien. Dans la L. 4, eod., Julien lui-même en dit autant au sujet d'une espèce où le tiers veut faire au mari une donation *mortis causa*. Le même cas se représente encore dans la L. 56, eod.; mais Scævola se contente de déclarer nulle la tradition faite à la femme, sans parler de la question de propriété.

(*c*) L. 52, § 1, de don. int. vir. (XXIV, 1), « .... ut traditio quæ mandante uxore mortis causa facta est. » Cf. Num. III, *a*, et § 157, *s*[1].

De même, lorsque le mari paye comptant le créancier de sa femme pour lui faire une donation. D'après la rigueur de l'ancien droit, un pareil acte serait frappé de nullité; la femme resterait débitrice, et le mari aurait pour recouvrer son argent la revendication ou la condiction. D'après la doctrine plus libre dont j'ai parlé tout à l'heure, l'argent est censé avoir été remis par le mari à sa femme, et par la femme au créancier. La femme a donc acquis la possession, mais non la propriété de l'argent; elle a donc payé son créancier avec l'argent d'un autre, et ce payement ne devient valide que quand l'argent a été consommé (*d*). Ainsi le mari peut revendiquer la somme tant que le créancier l'a conservée en nature; la somme une fois dépensée, la femme est libérée de sa dette, et le mari a contre elle la condiction ordinaire, comme dans tous les cas où celle-ci est enrichie à ses dépens. Si ce cas n'a pas été, comme le précédent, mentionné dans les sources du droit, cette omission est purement accidentelle.

V

Voici néanmoins un texte d'Africain qui semble en contradiction avec les règles que je viens d'établir :

L. 38, § 1, de solut. (XLVI, 3).

Si debitorem meum jusserim Titio solvere, deinde Titium vetuerim accipere, et debitor ignorans solverit : ita eum liberari existimavit, si non ea mente Titius numos acceperit, ut eos lucretur : alioquin, quoniam furtum eorum sit facturus, mansuros eos debitoris : et ideo liberationem quidem ipso jure non posse contingere debitori, exceptione tamen eum succuri æquum esse, si paratus sit condictionem furtivam, quam adversus Titium habet, mihi præstare : (sicuti servatur, cum maritus uxori donaturus, debitorem

(*d*) L. 17, de solut. (XLVI, 3); L. 19, § 1, de reb. cred. (XII, 1).

suum jubeat solvere. Nam ibi quoque, quia numi mulieris non fiunt, debitorem non liberari : sed exceptione eum adversus maritum tuendum esse, si condictionem, quam adversus mulierem habet, præstet) (*a*).

Furti tamen actionem in proposito (*b*) mihi post divortium (*c*) competituram, quando mea intersit interceptos numos non esse.

Africain parle, au commencement et à la fin de ce texte, d'un cas étranger à la présente recherche. Dans le passage que je viens de transcrire, le cas d'une donation entre époux n'est cité que comme terme de comparaison. Il dit à ce sujet que le débiteur du mari qui paye la femme par son ordre n'est pas libéré envers le mari, mais qu'il a seulement une condiction contre la femme (*d*); que, pour se libérer envers le mari, il n'a d'autre moyen que de lui céder son action, c'est-à-dire une *exceptio*.

(*a*) Dans l'édition de Gœttingue et dans les éditions modernes, ces derniers mots (si condictionem.... præstet) sont à tort imprimés comme faisant partie de la formule de l'exception. Les exceptions étaient rédigées négativement, comme nous l'apprend Gaius, IV, § 119; témoignage confirmé par de nombreux exemples dans le Digeste. Ici l'exception n'est autre que la *doli exceptio*.

(*b*) *In proposito*, c'est-à-dire dans l'espèce qui forme l'objet spécial de tout le texte. Le cas de la donation entre époux n'y est cité que comme terme de comparaison.

(*c*) Ces mots *post divortium* rendent la phrase inintelligible; ils ne se rapportent ni au premier cas, où il n'est pas question de mariage, ni au second, où l'on ne parle aucunement de la possibilité d'un vol. C'est sans doute là une interpolation maladroite des compilateurs, qui, par trop de précipitation, ont rapporté à l'exemple cité la fin du texte, non dans la vue d'un changement, mais pour appuyer sur ce principe que, pendant la durée du mariage, il n'y a pas lieu à la *furti actio*. C'est ainsi que la glose entend ces mots, quoiqu'elle n'eût certainement pas l'idée d'une interpolation. — Au reste, l'ensemble de cette interprétation n'est pas de moi, mais de Ant. Faber. Conjectur., III, 19.

(*d*) Dans la supposition que l'argent a été dépensé; s'il était encore entre les mains de la femme, Africain aurait sans doute reconnu au débiteur le droit de revendication.

Cette décision est en contradiction directe avec les textes de Celsus, de Julien et d'Ulpien, d'après lesquels le payement fait par le débiteur transporte d'une manière invisible la possession et la propriété de la somme au mari, et par conséquent éteint définitivement la dette. Nous voyons donc qu'Africain attribue au *constitutum possessorium* moins d'influence que les autres jurisconsultes cités. Sa doctrine nous est précisément connue par une autre question de droit remarquable. Quand un créancier charge son débiteur de payer à un tiers, qui recevra la somme à titre de prêt, il y a là un prêt véritable; de même quand un mandataire reçoit du mandant l'ordre de conserver comme prêt l'argent qu'il devait payer par suite du mandat. Africain admettait dans le premier cas l'existence du prêt comme un *benigne receptum*, il la niait dans le second (*e*); Ulpien l'admet aussi dans le second cas, parce que l'on ne saurait, sans inconséquence, défendre au créancier de faire par une seule personne ce qu'il pourrait faire au moyen de deux personnes sans aucun acte extérieur (*f*). — Ici donc nous voyons l'influence du *constitutum possessorium* sur les actes juridiques s'accroître progressivement. Mais le développement le plus large de cette institution doit être sans aucun doute regardé comme le dernier résultat et comme l'expression définitive de la législation tout entière (*g*). Si les rédacteurs du Digeste ont

(*e*) L. 34, pr. mandati (XVII, 1).

(*f*) L. 15, de reb. cred. (XII, 1). Cf. § 44, *s*. — Les L. 11, pr. de rebus cred. (XII, 1); L. 3, § 3, ad Sc. Maced. (XIV, 6); L. 8, C. si certum pet. (IV, 2), admettent aussi qu'indépendamment d'une somme d'argent le prêt peut consister en une chose que l'emprunteur est chargé de vendre, et par là sont également en contradiction avec la L. 34, pr. mandati (XVII, 1).

(*g*) On pourrait objecter que Celsus et Julien, qui admettent la doctrine moins rigoureuse, sont un peu plus anciens qu'Africain; mais dans le développement des doctrines il n'y a pas d'époque fixe avant et après laquelle tous les avis aient été unanimes. Souvent il fallait un long espace de temps pour que la doctrine nouvelle, d'abord controversée, finit par être adoptée généralement.

admis des opinions plus restreintes d'anciens jurisconsultes, on ne doit y voir qu'une inadvertance ou un simple renseignement sur l'histoire interne du droit.

VI

Je passe à une autre conséquence de la donation. Celui qui, ayant promis de donner, est actionné en exécution de sa promesse, a contre cette demande une *doli exceptio*, et peut en conséquence réclamer ce que l'on appelle le *beneficium competentiæ* (§ 157, *l*). Maintenant la promesse peut n'avoir pas été faite directement au donataire, mais à un tiers délégué par celui-ci, soit un de ses créanciers ou une personne qu'il veut gratifier à son tour. Si donc un de ces tiers actionne le donateur en vertu du contrat passé avec lui, celui-ci n'a plus pour se défendre la *doli exceptio* (*a*). Ainsi donc l'acte juridique passé avec un tiers ôte à la donation cet effet spécial.

VII

Sous l'empire de l'ancien droit, celui qui promettait une donation excédant les limites posées par la Lex Cincia avait une exception contre l'action du donataire (§ 165); mais si la donation n'avait pas été directement promise au donataire et résultait d'une délégation, cette action n'était plus admise contre l'action engendrée par la novation. Ainsi cela arrivait dans les deux cas suivants :

1) Quand le donateur s'engageait envers le créancier du donataire. Il n'avait pas d'exception contre la demande de celui-ci, mais seulement une condiction contre le débiteur primitif pour se faire libérer de la dette, ou restituer la somme si la dette avait été acquitté (*a*).

(*a*) L. 41, pr. de re jud. (XLII, 1); L. 33, § 3, de don. (XXXIX, 5); L. 33, de novat. (XLVI, 2). — Cf. § 157; *s. w*, et § 158, *q*.

(*a*) L. 5, § 5, de doli exc. (XLIV, 4).

2) Quand le donateur déléguait son débiteur au donataire. Le débiteur n'avait point d'exception; mais le donateur pouvait avant le payement intenter une action en rescision contre le débiteur, et, si la dette avait été payée, une action en restitution de la somme contre le donataire (*b*).

Tout cela résultait de la doctrine des Sabiniens, qui, d'après les textes cités, paraît avoir obtenu la préférence. Les Proculéiens, au contraire, regardaient l'exception comme une *popularis exceptio*, et par conséquent ne la refusaient jamais au défendeur (*c*).

VIII

D'après les diverses décisions que je viens de rapporter, il semble que l'on peut établir la règle suivante :

Là où la restriction de la donation opère *ipso jure*, c'est-à-dire entraîne une nullité absolue, la nullité frappe également les actes passés avec des personnes étrangères et destinées à effectuer la donation (Num. II, III). L'exception à cette règle (Num. IV) n'est qu'apparente. Elle repose sur le *constitutum possessorium*, et les simples changements que subit la possession ne tombent pas en général sous les restrictions positives de la donation (§ 149, c^1).

Quand, au contraire, la restriction n'opère que par exception, l'exception ne s'étend point aux actes juridiques passés avec un tiers en vue de la donation (Num. VI, VII). Il y a aussi une exception apparente à cette règle, lorsque le donateur délègue au donataire celui qu'il croit faussement être son débiteur. Ce dernier a contre le donataire la même *doli exceptio* qu'il aurait contre le donateur s'il y avait eu nova-

(*b*) L. 21, § 1, de donat. (XXXIX, 5).

(*c*) Fragm. Vatic., § 266. « .... nam semper exceptione Cinciæ uti potuit non solum ipse, verum, ut Proculiani contra tabulas (*Sabinianos?*) putant, etiam quivis, quasi popularis sit hæc exceptio. »

tion faite à celui-ci (*a*). J'appelle cette exception apparente, parce qu'elle ne se rattache pas à la nature spéciale de la donation, mais à un principe beaucoup plus général, également applicable à la donation et à des actes très-différents (*b*).

IX

Je passe aux restrictions de la donation dont l'influence sur les actes passés avec les tiers n'est point signalée dans les sources.

Lorsque, pour faire sans insinuation une donation de 1,500 ducats, le donateur s'engage envers le créancier du donataire, ou délègue au donataire son propre débiteur, la nullité prononcée pour les 1,000 ducats s'étend-elle au nouvel acte juridique, de sorte qu'on ne puisse réclamer que 500 ducats, ou bien l'acte subsiste-t-il tout entier, de sorte que les 1,500 ducats doivent être payés, mais que le donateur ait à réclamer 1,000 ducats du donataire? La différence peut avoir dans la pratique une grande importance, si le donataire devient insolvable peu de temps après la délégation. Au premier abord on pourrait croire que la question est tranchée par les textes du Digeste cités plus haut (Num. VII) sur la délégation en cas de *immodica donatio*, car ces textes décident qu'entre le donateur et le donataire, ou le donataire d'une part et le tiers de l'autre part, la *immodica donatio* n'a absolument aucun effet. Mais ces textes ne parlent expressément que de l'admissibilité d'une exception, la prin-

(*a*) L. 2, § 3, de donat. (XXXIX, 5); L. 7, pr. de doli exc. (XLIV, 4).

(*b*) Voici le principe général : le délégué doit souffrir l'exception toutes les fois que la délégation ne lui a rien coûté, L. 4, § 31, de doli exc. (XLIV, 4); si, par exemple, la délégation lui a été donnée, ou bien donnée en payement d'une créance non sérieuse sur le délégant, L. 2, § 4, de don. (XXXIX, 5); L. 7, § 1, de doli exc. (XLIV, 4). Mais quand la délégation a pour objet une créance sérieuse, l'exception cesse d'avoir lieu. L. 12, 13, de novat. (XLVI, 2).

cipale chose dont il dût être question sous l'empire de la Lex Cincia. Or le droit Justinien, en cas de non insinuation, prononce la nullité absolue, et met ainsi ce vice de forme sur la même ligne que la prohibition des donations entre époux (§ 167). Nous devons donc, sous peine d'inconséquence, lui appliquer la règle du droit romain qui régit les donations entre époux (Num. II, III), et regarder les textes cités du Digeste comme des restes de l'ancien droit, qu'il eût mieux valu omettre, ainsi que bien d'autres textes. D'ailleurs leur application littérale est impossible, car ils ne parlent que de l'admissibilité d'une exception, et d'après le droit nouveau il ne saurait être question d'exception en pareille circonstance. Il s'agit donc de savoir si, dans cette question difficile, nous devons plutôt chercher la conséquence entre les diverses parties de la législation, ou vouloir appliquer, tout en les modifiant beaucoup, les textes cités du Digeste.

X

Enfin, en ce qui touche la révocation de la donation, notamment pour cause d'ingratitude, il ne peut guère s'élever de doutes sur notre question. Ici en effet tout est valable dès l'origine, et plus tard seulement le donataire s'expose à une nouvelle réclamation. Si donc la donation s'était opérée par délégation, l'acte juridique passé avec le tiers ne reçoit aucune atteinte.

APPENDICE XI.

DES NOMBRES ORDINAUX DANS LA DÉSIGNATION DES DÉLAIS.

(§ CLXXXII.)

I

La manière la plus simple et la plus ordinaire de désigner l'intervalle qui sépare les deux termes d'un délai est de joindre un nombre ordinal au temps intermédiaire. Ainsi l'on parle du troisième jour après le présent jour, de la cinquième année après un événement déterminé, pour marquer combien il doit y avoir de jours ou d'années entre le jour présent ou l'événement déterminé. La même forme s'emploie aussi pour désigner non-seulement les deux termes d'un délai, mais encore le retour périodique des divisions du temps, et dans ce cas les Romains se servent de l'expression tertio *quoque* die, quartus *quisque* annus. Cette manière de compter ne s'applique pas exclusivement aux délais, elle s'applique aussi à des objets de même nature se succédant sans interruption, si, par exemple, on veut désigner l'intervalle qui sépare deux princes sur la liste des souverains d'un pays. Dans tous ces cas se présente la question de savoir comment doit s'entendre le nombre ordinal, c'est-à-dire si le terme, la personne, etc., par laquelle on commence à compter, est ou non comprise dans le nombre exprimé. Il semblerait qu'il dût y avoir dans la langue de chaque peuple une règle fixe pour lever toute incertitude à cet égard. Néanmoins il n'en était pas ainsi chez les Romains, car ils emploient indifféremment les deux manières de

compter ; de sorte que les passages où se trouve une semblable désignation offrent toujours un sens douteux et doivent être consultés avec beaucoup de précaution (*a*). C'est un point que je vais établir par des citations empruntées aux auteurs romains.

II

Je rapporterai d'abord les textes et les formules où le premier jour, la première année, etc., est évidemment compris dans le calcul.

Telles sont, en première ligne, plusieurs expressions appartenant au langage usuel du calendrier. Le *dies tertius Kalendarum Jan.* ou *ante Kalendas Jan.* est, comme on sait, le 30 décembre, et cette désignation s'explique en comptant les *Kalendæ* pour le premier jour, et le *pridie Kal.* pour le second. Il en est de même pour les nombres suivants, comme aussi pour les *Idus* et les *Nonæ*. — Ensuite *Nonæ* signifie littéralement le neuvième jour (avant les *Idus*). Or, comme entre ces deux termes il n'y a que sept jours, pour appeler le neuvième jour *Nonæ*, on doit nécessairement comprendre les *Idus* dans ce calcul (*a*). — A cette manière de compter se rapporte également l'expression de *Nundinæ* (pour *novendinæ*), c'est-à-dire le dernier des huit jours de la semaine (*b*). — J'en dis autant du *Trinundinum*, deux semaines romaines, où les premières *Nundinæ* sont aussi comprises (*c*). On peut ranger dans la même classe le *perendie* ou *perendinus dies*, après-demain, nommé aussi *tertius dies*, évi-

(*a*) Unterholzner, Verjährungslehre, I, p. 310, est le seul auteur où je trouve formellement reconnue cette double manière de compter. Mais il ne l'a pas démontrée, et il n'en a pas reconnu toute l'importance ; il ne s'en sert que pour l'interprétation d'un seul texte.

(*a*) Ideler, II, 129.

(*b*) Ideler, II, 136, et les autres qu'il cite.

(*c*) Ideler, II, 137.

demment parce que le jour actuel est considéré comme le premier, et par conséquent est compris dans le calcul (*d*).

Les textes suivants ne sont pas moins décisifs :

Varro, de re rustica, lib. 2, procem. : « Itaque annum ita diviserunt ut *nonis* modo diebus urbanas res usurparent, *reliquis septem* ut rura colerent. » S'il n'y a que sept jours intermédiaires et que le suivant soit le neuvième, le jour qui les précède est nécessairement compté (*e*).

Cicero, in Verrem, II, 56 : « Quinto quoque anno Sicilia tota censetur. Erat censa prætore Peducæo, quintus annus cum te (Verre) prætore incidisset, censa denuo est. Postero anno L. Metellus mentionem tui census fieri vetat, Peducœanum observari jubet. » — Peducæus avait été préteur pendant un an ; après lui, Sacerdos pendant une autre année, puis Verrès pendant trois ans, et Metellus lui succède. Le dernier cens tomba la troisième année de la prêture de Verrès, puisque Metellus le cassa l'année suivante. Entre ce cens et le précédent il n'y a que trois années franches, et néanmoins Cicéron dit que ce retour périodique a lieu *quinto quoque anno*.

Virgil., Egl. V, 49 : « *Alter* ab illo, » pour le *premier* après lui, c'est-à-dire le second en comptant celui qui le précède.

Horat., Serm. II, 3, 193 : « Ajax heros ab Achille *secundus*, » offre le même sens que le texte précédent.

Livius, VII, 1 : « dignusque habitus, quem *secundum* a Romulo conditorem urbis Romanæ ferrent. »

Censorinus, C. 18, rapporte que les jeux Olympiques se célèbrent *quinto* quoque anno redeunte ; or on sait que ces

(*d*) Cicero, pro Murena, c. 12. Gellius, X, 24.

(*e*) Ici encore Varron parle des *Nundinæ* (note *b*), mais sans leur donner leur nom ordinaire, et il développe l'idée qui fait la base de cette division de l'année.

jeux se célébraient tous les quatre ans, c'est-à-dire avec trois années franches d'intervalle.

Gellius, IX, 4 : « Item esse compertum et creditum, Sauromatas... cibum capere semper *diebus tertiis*, *medio abstinere.* » Ainsi donc ils jeûnaient de deux jours l'un ; et comme les jours où ils prenaient de la nourriture sont appelés *tertii*, on doit compter le jour qui précède celui de jeûne.

Gellius, XVII, 2 : « quum febrim *quartis diebus* recurrentem laudavit... hæc *biduo medio* intervallata febris... »

Celsus, de medicina, III, 3 : « Et quartanæ quidem simpliciores sunt... finitaque febre *biduum integrum* est : ita *quarto die* revertitur... Tertianarum vero duo genera sunt : alterum... *unum diem* præstat integrum, *tertio* redit... »

L. 233, § 1 (de V.S. (L.16). Gajus). « Post Kalendas Januarias *die tertio* pro salute principis vota suscipiuntur. » Or nous savons d'ailleurs que cela avait lieu *ante diem III Nonas Jan.*, c'est-à-dire le 3 janvier (*f*) ; ainsi donc le *dies Kalendarum* est le premier jour par où l'on commence à compter comme dans la formule ordinaire *ante* Kalendas (*g*).

L. 1, quando appellandum (XLIX, 1) (Ulpian.). On lit d'abord au § 9 : « biduum vel triduum appellationis *ex die sententiæ latæ* computandum erit ; » c'est-à-dire : celui qui veut appeler a pour cela tantôt deux, tantôt trois jours (cf. § 11, 12), y compris le jour du jugement. Le § 15 prévoit le cas d'absence : « biduum vel triduum *ex quo quis scit*

(*f*) *Voy.* le Traité, § 180, *f*.

(*g*) Je ne cite pas ici les textes où l'on trouve *tertio die*, mais où l'imputation dont je parle n'est pas évidente ; telles sont les L. 1 de glande leg. (XLIII, 8) ; L. 9, § 1, ad exhib. (X, 4) ; L. 1, § 22, de aqua quot. (XLIII, 20). Je ne doute pas que dans ces textes cette expression ne soit synonyme de *alternis diebus*, mais cela n'en ressort pas directement. Dans le dernier des textes cités, on trouve aussi *alternis diebus* ; mais il n'est pas tout à fait certain que cette locution se rapporte au cas désigné précédemment par *tertio quoque die*.

computandum est, » c'est-à-dire y compris le jour où le jugement lui a été connu. Ces mêmes délais sont désignés indifféremment par les expresions *altera vel tertia die* (§ 6, 12, 13).

C'est d'après la même manière de compter qu'en parlant d'un événement arrivé la semaine précédente, le jour correspondant à celui où nous sommes, nous disons : il y a *huit* jours; car, pour que ce jour soit le huitième, il faut compter celui où nous sommes. Les Français emploient dans le même sens l'expression *huit* jours; mais il se montrent plus conséquents que nous en désignant deux semaines par *quinze* jours, tandis que nous disons *quatorze* jours, c'est-à-dire non compris celui où nous sommes. A la vérité ces formules ne contiennent pas de nombre ordinal, mais elles reproduisent absolument la différence signalée ici dans l'emploi des nombres ordinaux.

Dans le même sens on dit que Jésus-Christ est ressuscité (le dimanche) le *troisième* jour après avoir été crucifié (le vendredi), et toutes les confessions chrétiennes sans distinction de langues reproduisent cette locution.

III

Je vais maintenant rapporter les textes et les formules où l'on ne compte pas le premier jour, la première année, etc.

On pourrait citer d'abord cette expression empruntée au langage du calendrier, *pridie*, et qui semble la soustraction de *primo die*. Mais comme cela présenterait une contradiction évidente avec la formule si voisine de *tertio die*, on peut entendre par *pridie priore* ou *pristino die* (*a*), ce qui indiquerait seulement l'idée d'un temps passé sans énonciation d'aucun nombre. Voici du reste des textes tout à fait décisifs :

Varro, de lingua latina, lib. VI, § 11 (ed. Müller) : « Lus-

(*a*) Telle est effectivement l'etymologie que donne Gellius, X, 23.

trum... tempus quinquennale... quod *quinto quoque anno* vectigalia... persolvebantur. » D'après la manière de s'exprimer dont j'ai parlé tout à l'heure (Num. II), il aurait dû dire : *sexto quoque anno.*

Cicero, in Pisonem, C. 5 : « quam potestatem minuere, quo minus de moribus nostris *quinto quoque anno* judicaretur, nemo... conatus est. » Ici, comme dans le texte précédent, il est question du cens, qui se fait tous les cinq ans.

Cicero, acad. Quæst., II, 6 : « a Carneade, qui est *quartus ab Arcesila :* audivit enim Egesinum, qui Evandrum audierat, Lacydis discipulum, cum Arcesilæ Lacydes fuisset. » Ici Arcesilas n'est pas compté, mais Lacydes est le premier, Évandre le second, Égésinus le troisième, Carnéade le quatrième.

Cicero, ad Atticum, VI, 1 : « Ei (Pompejo) tamen sic nunc solvitur, *tricesimo quoque die* talenta Attica XXXIII, et hoc ex tributis, nec id satis efficitur *ad usuram menstruam.* » Ici évidemment Cicéron compare des intérêts mensuels et des payements qui se renouvellent tous les trente jours ; pour ces derniers il y a entre deux échéances 29 jours francs; le jour d'échéance qui précède n'est donc pas compté, si celui qui suit est désigné comme *tricesimus.*

Cæsar, de bello Gallico, V, 52 : « Cognoscit non *decimum quemque* esse relictum militem sine vulnere. » Dans ces appréciations générales, où l'on ne peut prétendre à une exactitude rigoureuse, comme l'indique déjà le mot *non*, on emploie toujours des nombres ronds. Ainsi donc César veut dire que de dix soldats il y en avait à peine un sans blessures. Si donc il désigne par *decimum quemque* chaque soldat non blessé, il ne compte pas celui qui précède.

Columella, V, 8 : « nam quamvis *non continuis* annis, sed fere *altero quoque* fructum efferat... » Comme ici *altero quoque* exprime la négation d'un retour périodique annuel, il désigne l'alternative de la fertilité et de la stérilité, et des

lors présente le même sens que *tertio* quoque anno dans les exemples cités Num. II.

Statius, Theb., IV, 841 : « ab Jove *primus* honos ; » dans le même sens que le *alter* ab illo de Virgile.

Celsus, de medicina, III, 13, 21, 23, IV, 12, où on lit quatre fois *altero* quoque die pour le jour que lui-même, dans le texte cité plus haut, appelait le *tertius* dies. Car s'il eût voulu exprimer autre chose, il eût certainement dit quotidie ; aussi nous voyons ailleurs (III, 21), « utilis quotidianus *aut altero quoque die* post cibum vomitus est, » et altero quoque die exprime précisément l'opposé de quotidianus.

Macrobius, Saturn., I, 13. Il nous dit que les Grecs ajoutaient à la fin de chaque période de huit ans une intercalation de huit fois 11 jours et un ¼, c'est-à-dire 90 jours, pour mettre leur année de 354 jours en rapport avec l'année solaire de 365 jours et un ¼. Voici comment il s'exprime : ut *octavo quoque anno* nonaginta dies... interkalarent, ce que, dans l'autre manière de compter, il aurait dû rendre par *nono* quoque anno, puisqu'il y a sept années franches entre deux intercalations. Ensuite il ajoute : les Romains ont imité les Grecs, mais maladroitement, car l'année romaine n'étant pas de 354, mais de 355 jours, *octavo quoque anno* (pour nono quoque) interkalantes octo affluebant dies. Plus tard les Romains corrigèrent cette erreur en mettant 24 jours après chaque période de 24 ans : *tertio quoque octennio* ita interkalandos dispensabant dies, ut non XC, sed LXVI interkalarent. Ici encore, d'après l'autre manière de compter, il faudrait : *quarto* quoque octennio.

A cette seconde manière de compter se rapporte la formule allemande mentionnée plus haut : il y a 14 jours, pour désigner un fait arrivé deux semaines avant le jour actuel.

IV

Cette double manière de s'exprimer, dont je viens d'énumérer les exemples, ressortira encore mieux de certains cas où, chez les Romains eux-mêmes, elle a occasionné de graves erreurs, et a ainsi appelé leur attention.

Le cas de cette espèce le plus remarquable semblerait à peine croyable si nous n'en avions pas les preuves les plus certaines. César, lors de sa réforme du calendrier, avait ordonné qu'après chaque période de quatre ans on ajouterait un jour intercalaire pour mettre en rapport l'année du calendrier de 365 jours avec l'année solaire, qu'il croyait être de 365 jours ¼ (*a*). Dans son édit il s'exprimait en ces termes : ut *quarto quoque anno*... unum interkalarent diem (*b*) ; et ainsi il adoptait la seconde locution dont j'ai parlé tout à l'heure, d'après laquelle, pour désigner l'année bissextile, on ne compte pas l'année bissextile qui précède. Les pontifes chargés de mettre à exécution le calendrier légal entendirent l'édit dans le sens de la première locution, d'après laquelle *quarto quoque anno* établissait des périodes de trois ans ; de sorte qu'il y avait seulement deux années franches entre deux années bissextiles. Cette méprise incroyable demeura inaperçue pendant 36 ans, et il y eut ainsi dans cette période douze intercalations au lieu de neuf. Lorsqu'enfin l'erreur fut reconnue, Auguste la rectifia en ordonnant que dans les trois années bissextiles suivantes on ne ferait pas d'intercalation, et en même temps il fixa pour l'avenir le sens véritable de l'intercalation julienne (*c*).

(*a*) *Voyez* les détails que je donne là-dessus dans le Traité, § 179.

(*b*) Macrob., Saturn. I, 14. Sueton., Julius, C. 40.

(*c*) Macrob. Saturn. I, 14, explique la chose en disant que l'on avait, par erreur, fait l'intercalation quarto anno *incipiente*, au lieu de *confecto*, et que par l'ordre d'Auguste elle dut à l'avenir se faire *quinto* quoque *incipiente* anno. Cf. Ideler, II, 131.

Lors de la fondation de plusieurs colonies par les triumvirs Octave, Antoine et Lépide, l'instruction (*lex*) donnée aux *Agrimensores* portait : Qui conduxerit... a decumano et cardine *quintum quemque* (limitem) facito pedes XII, ceteros limites subruncivos (*d*). Ici le *decumanus* n'était point compté, de sorte qu'entre celui-ci et le *limes*, destiné à une plus grande largeur, il devait y avoir cinq *centuriæ*. Souvent les Agrimensores se trompèrent sur le sens de ce texte, et, croyant que le *decumanus* était compté, ils placèrent le *limes* plus large une centurie trop près du *decumanus*. Hyginus explique leur erreur en ces termes (*e*) : Multos limitum constitutiones in errorem deducunt... Sic et de limitibus quintariis, quintum quemque quintarium volunt. Porro autem inter quintum et quintarium interest aliquid. Quintus est, qui quinto loco numeratur : quintarius *qui quinque centurias cludit*. Hunc volunt esse quintum, *qui est sextus* (c'est-à-dire d'après la première manière de s'exprimer, où l'on compte le decumanus). Nam et legum latoribus (*l. latores*)... sic caverunt, ut a Decumano maximo *quintus quisque* spatio itineris ampliaretur. *Erat sane interpretatio legis hujus ambigua*, nisi eorum temporum formæ (les délimitations usitées du temps de ces legum latores) *sextum quemque limitem* latiorem haberent... Quum decumanus erat positus, positi sunt deinde *quinque limites*, quorum novissimus factus est latior : his cum decumanus accessit, *sex fiunt*.

Les deux cas dont je viens de parler ont cela de commun que des actes publics ont été mal entendus des personnes chargées de les mettre à exécution, parce qu'elles ont pris le nombre ordinal dans un autre sens que les auteurs de ces actes. On ne saurait donner une preuve plus évidente que les Romains prenaient effectivement les nombres ordinaux dans deux acceptions différentes.

(*d*) Frontinus, de coloniis, dans Gœsius, p. 111, 133.

(*e*) Hyginus, de limitibus constituendis, dans Gœsius, p. 158, 159.

V

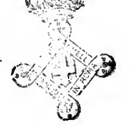
On a vu que cette locution équivoque s'applique non-seulement aux délais, mais à d'autres objets susceptibles de se compter. Il faut sans doute en rapporter l'origine à la nature particulière des délais. Ainsi, quand une possession commence à midi du 1er janvier, et qu'il s'agit ensuite de compter 365 jours du calendrier, on peut hésiter sur la question de savoir si l'on doit commencer par le 1er janvier dont la moitié seulement fait partie du délai. Cette circonstance aura sans doute déterminé l'incertitude que l'on remarque dans la fixation des délais, et elle aura été étendue à la numération d'autres objets pour lesquels ce motif n'existait pas.

VI

De ces deux manières de compter employées par les Romains, il ne faut pas croire que l'une soit la règle générale, l'autre une rare exception qu'on doive peut-être attribuer à l'ignorance d'écrivains médiocres. Toutes deux, au contraire, se trouvent chez les auteurs du premier rang, et même Cicéron, Varron et le médecin Celsus les emploient indifféremment. Pour ne point regarder l'emploi de ces deux locutions comme tout à fait arbitraire et sans autre règle que le caprice de chaque auteur, voici, selon toute apparence, le rapport existant entre elles. La première, celle où l'on compte le terme servant de point de départ, semble la plus ancienne et la plus usitée dans la vie ordinaire, comme l'indique le style du calendrier, certainement plus répandu que les locutions adoptées par les auteurs. La seconde paraît plus élégante et plus exacte, ainsi que le montrent son fréquent usage dans Cicéron et son adoption dans les actes publics : cette différence nous expliquerait très-bien les méprises auxquelles ces actes ont donné lieu. Les auteurs de ces actes

voulaient employer des expression schoisies, et ceux chargés de les exécuter les interprétaient d'après les habitudes du langage adopté dans la vie ordinaire.

Si donc nous trouvons dans un texte d'un ancien jurisconsulte un nombre ordinal, nous sommes libres de le prendre dans l'un ou l'autre sens, selon que les circonstances rendent plus vraisemblable l'une ou l'autre interprétation. Si nous comptons le premier jour, etc., cette supposition a moins besoin d'être justifiée, car cette manière de s'exprimer paraît avoir été la plus ordinaire; si au contraire nous découvrons un motif particulier qui ait déterminé le jurisconsulte à employer la seconde locution, quoique moins usitée, cette circonstance donne un nouveau poids à notre interprétation.



FIN DU QUATRIÈME VOLUME.

